

H.V.
Hist.

497

~~28 VII 9~~

V. 1159.

H. V. Hist.

494

Vergleichung
der
römischen
Tutel und Cura
mit der heutigen
Vormundschaft
über
Unmündige und Minderjährige

Inaugural - Abhandlung

von

HEINRICH ZOEPFL,

Doktor der Rechte.

BAMBERG und ASCHAFFENBURG,

bei **J. C. Dresch.**

1828.

Inhalt

Vorwortschalt

Einleitung



Gedruckt bei J. B. REINDL.

I n h a l t.

	Seite.
Einleitung	1
Erster Abschnitt.	
Unterschied der Tutel und Cura nach römischem Rechte.	
Vorbemerkung	3
I. Verhältniß des Vormundes zur Person des Pflegebefohlenen.	
A. Im Allgemeinen	4
B. zur physischen Persönlichkeit des Mündels	
a) in Rücksicht des Alters	5
b) in Betreff der Erziehung	6
c) in Betreff der Alimente	18
C. zur bürgerlichen Persönlichkeit	21
Verhältniß der <i>auctoritas</i> zur <i>patria potestas</i>	27
II. Verhältniß des Vormundes zum Vermögen des Pflegebefohlenen.	
Unterschied des <i>tutor gerens</i> und <i>honorarius</i>	36
Von dem <i>tutor notitiae causa datus</i>	40
Ueber das Recht des <i>tutor honorarius</i> , <i>auctoritatem</i> zu interponiren	43
III. Unterschied in der Person des Tutors und Curators	52
IV. Unterschied in der Entstehung, Dauer und Endigung der Tutel und Cura	56

Zweiter Abschnitt.

Teutsches Recht.

Einleitung	58
Mundium	59
Verhältniß des Mundiums zur <i>patria potestas romana civilis</i>	61
Verhältniß des Mundiums zur Tutel	67
Dauer der teutschen Minderjährigkeit	70
Unterschied der Vormünder der teutschen <i>impuberum</i> und <i>minorum</i>	74
<i>Tutela minorum</i> in Teutschland	78

E i n l e i t u n g.

Die Lehre von der Tutel und der Cura im römischen Rechte hat sich in neuerer Zeit einer mehrfachen Bearbeitung zu erfreuen gehabt. v. SCHRÖTERS¹⁾ scharfsinnige und originelle Ansicht ist zwar beinahe spurlos vorüber gegangen: dagegen hat die von v. LÖHR²⁾ in seinem und v. GROLLMANNS Magazine aufgestellte und vertheidigte Theorie fast durchgängig Anerkennung gefunden³⁾. Da nun auf diese Weise eine feste Basis für beide Lehren in Betreff des römischen Rechtes gewonnen ist, so mag der Versuch einer Vergleichung der römischen Grundsätze mit den der deutschen Vormundschaft zu Grunde liegenden Ansichten und eine Darstellung der heutigen Anwendbarkeit jener Grundsätze wohl als zeitgemäfs erscheinen.

1) A. W. SCHROETER, *Diss. de nexu tutelae et juris succedendi. Jenae* 1820. — Dagegen GLÜCK's Commentar. 29. Bd. 1. Abthlg. S. 24 u. f.

2) v. LÖHR, über die römischen Begriffe von Tutel und Cura im neuen Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 1. Bd. Nr. 1. Nr. 14. — Dagegen SCHWEPPE in seinem Magazin 1. Bd. 1. Hft. Altona 1818. Desselb. röm. Rechts - Gesch. u. Rechts - Alterthümer 2te Aufl. Göttingen 1826.

3) Vergl. GLÜCK's Commentar 28. u. 29. Bd. *tit. de tutel.* — THIBAUT System. des Pand. R. §. 498. (7. Aufl. 1828.) — HUGO R. Geschichte 10. Aufl. S. 149. — ROSSHIRT Grundlinien des röm. R. §. 36. (Heidelberg 1824.) — MACKELDEY Lehrbuch des heut. röm. R. §. 266. — v. WENING INGENHEIM Lehrbuch des gem Civil. R. Bd. III. §. 112.

Hiermit ist auch der Zweck dieser Ausarbeitung fest gestellt: es soll keineswegs eine vollständige Parallele zwischen dem ganzen römischen Vormundschaftswesen, und dem heut zu Tage in Teutschland praktischen gezogen, sondern nur die einfache Frage erörtert werden: „Kennt das in Teutschland praktische Recht auch den Unterschied zwischen „Tutoren und Curatoren, oder wie ist diese Lehre des römischen Rechtes durch eigenthümliche teutsche Rechts-Ansichten, Praxis und Reichs-Gesetze modificiert worden?“ Es ergiebt sich demnach, daß hier diejenigen Veränderungen, welche das römische Recht in den die Vormünder der *impuberum* und *minorum* gleichmässig betreffenden Bestimmungen erlitten hat, hier keine Berücksichtigung finden können, z. B. in Betreff der Beeidigung und *Satisfactio* der Vormünder, der Inventars-Errichtung und Rechnungsablage etc.

In Folge dieser Aufstellung des Themas finden sich die Grundsätze des römischen Rechts über Tutel und Cura, in so weit es zu der beabsichtigten Vergleichung nothwendig schien, in dem ersten Abschnitte entwickelt, um auf diese Art den Gesichtspunkt zu bestimmen, von welchem bei Betrachtung beider Institute ausgegangen wurde; die Vergleichung mit dem teutschen Rechte selbst soll im zweiten Abschnitte versucht werden.

Erster Abschnitt.

Unterschied der Tutel und Cura nach römischem Rechte.

§. 1.

V o r b e m e r k u n g.

Die Römer erkannten schon früh die Nothwendigkeit einer Vorsorge für solche Personen, welche aus irgend einer Ursache¹⁾, wie z. B. wegen noch nicht gehörig ausgebildeter physischer und psychischer Kräfte, Geisteskrankheit, ungewöhnlichen Leichtsinnes, wie der *prodigus* oder *infirmitas sexus*, wie die Weiber, mehr oder minder unfähig waren, ihre Rechte zu wahren, oder ihr Vermögen zu administrieren. Diesem Mangel begegnend bildeten sich zwei Institute, deren Spuren sich schon in dem XII. Tafelngesetze finden²⁾ — die Tutel und die Cura.

1) HUGO Rechts-Gesch. 10. Aufl. §. 72.

2) ULPIAN. XI. 14. *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.* — GAJUS. I. § 155. *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII. (tabularum) agnati sunt tutores.* — Vergl. pr. Inst. de legit. agnat. tut. (I. 15.) — CIC. de invent. rhet II. 50. *Si furiosus est, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* — SCHWEPPE R. Gesch. §. 432.

Um nun den Unterschied zwischen beiden zu bestimmen, muß man die bei Vormundschaften überhaupt möglichen Verhältnisse durchgehen, und die sich ergebenden Verschiedenheiten hervorheben. Die Beziehungen, in welchen Verschiedenheiten vorkommen können, sind:

1. Das Verhältniß des Vormundes zur Person,
2. zu dem Vermögen des Pflegebefohlenen;
3. Die subjective Fähigkeit, welche zur Führung einer Art der Vormundschaft erfordert wird; und
4. Die Zeit der Entstehung, Dauer und Beendigung der Vormundschaft.

Sollen daher Tutel und Cura nicht als homogene Institute da stehen, so muß sich ein Merkmal finden lassen, was nicht nur dem einen ausschliessend angehört, sondern vielmehr das Wesen desselben in der Art ausmacht, daß aus ihm noch der Begriff des Institutes selbstständig abgeleitet werden kann, wenn auch alle übrigen Merkmale, die es mit dem andern Institute gemein hat, wegfallen würden, und dieß Kriterium des Unterschiedes der Tutel und Cura liegt in der *auctoritas*. In Betreff der Begründung dieses Satzes kann man gänzlich auf v. LÖHRS Abhandlung über die römischen Begriffe von Tutel und Cura in seinem neuen Magazine a. a. O. verweisen: für unsern Zweck ist es hinreichend, die Corollarien daraus aufzustellen.

§. 2.

1. Verhältniss des Vormunds zur Person des Pflegebefohlenen.

A. Im Allgemeinen.

Das Wort „Person“ wird bei uns in doppelter Bedeutung gebraucht. In der ersten, weiteren, bezeichnet es die physische Existenz eines Subjectes der Vernunft und Freiheit: in der zweiten, engeren, be-

greift es die Existenz eines Vernunftwesens, als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten im Staate. Zur kürzern Bezeichnung dieses Gegensatzes wird es erlaubt seyn, die Ausdrücke physische und bürgerliche Persönlichkeit zu gebrauchen, da der Gegeneinanderstellung von physischer und juristischer Person in unsern Compendien bereits ein anderer Sinn unterlegt ist ¹⁾).

Aus dieser Unterscheidung erhellet, daß derjenige, welcher mit dem Schutze eines Andern beauftragt ist, in zwey ganz verschiedenen Beziehungen zu der Person desselben gedacht werden kann, je nachdem ihm die Sorge für die physische oder bürgerliche Persönlichkeit des Pflegebefohlenen obliegt.

§. 3.

B. Zur physischen Persönlichkeit des Mündels.

a) In Rücksicht des Alters.

Man hat früher häufig einen Unterschied der Tutel und Cura in dem Alter der bevormundeten Personen finden wollen, und daher den Satz aufgestellt: „*tutela est impuberum, cura minorum*“ ¹⁾). Dieser Satz ist aber nach römischem Rechte nicht nur unpassend, um einen Unterschied zwischen Tutel und Cura zu begründen, sondern überdiess durchaus falsch; denn die Tutel über Weiber, die längst nicht nur die Jahre der Pubertät, sondern sogar der Volljährigkeit überschritten haben, war gerade dasselbe Rechtsinstitut,

1) SEUFFERT Lehrbuch des prakt. Pand. Rechts. (Würzburg 1825.) §. 37. —

1) J. F. de MAYER *commentatio de eo, quod interest inter tutelam curamve aetatis etc.* Gekrönte Preisschrift. Göttingen 1742. (deutsch, Frankfurt 1803.) cap. 1. p. 10.

wie die Tutel über männliche *impuberes*²⁾, wenn gleich der Grund, warum sie unter Tutel standen, nicht ganz derselbe war. Wir haben hier Tutoren über *puberes*, so wie wir umgekehrt in den Pandekten und dem Codex eine Menge Stellen finden, wo auch *impuberes* Curatoren erhalten³⁾. Das Alter des Bevormundeten ist demnach durchaus ausserwesentlich zum Begriffe beider Institute, und selbst wenn wir zugeben, daß wenigstens im neuern röm. Rechte, wo die Tutel über Weiber bereits aufgehoben war⁴⁾, keine Tutoren über *puberes* mehr vorkommen, so ist dadurch in der Sache selbst nichts geändert, indem wir aus obiger Definition nur sehen, daß bei den Unmündigen Vormünder mit dem Namen Tutoren, und bei den Minderjährigen mit dem Namen Curatoren vorkommen, keineswegs aber daraus entnehmen können, worin das Wesen und der Unterschied derselben bestehe.

§. 4.

b) In Betreff der Erziehung.

Sehr häufig sucht man ein charakteristisches Merkmal der Tutel selbst noch in den neuern Compendien¹⁾ in der Pflicht des Tutors, für die Erzieh-

2) GAJUS I. §. 189. §. 190.

3) Z. B. fr. 25. D. *de tutorib. et curat. dat.* (XXVI. 5) fr 19 D. *de auctoritat. et consens. tut.* (XXVI. 8.) — *const.* 2. 3. C. *in quib. causis tut.* (V. 36.) — §. 5. *Inst. de curatoribus* (I. 23.)

4) SCHWEPPE, Rechts-Gesch. § 420. in fin.

1) MÜHLENBRUCH *Doctrina Pand. Vol. II.* §. 312. v. WENING INGENHEIM, Lehrbuch des gem. Civ. R. Bd. III. §. 112. gibt zwar zu, daß die Alimentations- und Erziehungspflicht des Tutors nicht das charakteristische Merkmal der Tutel sey, macht sie aber § 116. doch zu einer Pflicht des Tutors. — de MAYER l. c. §. 3 p. 13 — Dagegen THIBAUT *Pand. R.* §. 520.

ung und die Alimentation des Pupillen zu sorgen. Um den Ungrund dieser Meinung recht augenscheinlich nachzuweisen, muß man vorerst die behauptete Pflicht, oder das Recht des Tutors, die Erziehung des Pupillen zu leiten, von seiner angeblichen Verbindlichkeit, Alimente zu verabreichen, trennen.

Die Pflicht des Tutors, für die Erziehung und den Schutz der Person (*corpus*) des Pupillen zu sorgen, will man ableiten:

1) Aus der Regel: *tutor personae datur, non rei vel causae*²⁾. Es ist nicht zu läugnen, daß *persona* im römischen Rechte gleichbedeutend mit *corpus*, physischer Persönlichkeit, gebraucht wird³⁾: so wie aber dieses Wort im Gegensatze von *res* vorkömmt, läßt es durchaus keine andere Bedeutung zu, als die eines Subjectes bürgerlicher Rechtsfähigkeit⁴⁾, und ist daher gleichviel mit *caput* im engeren Sinne⁵⁾ oder *status*, die dem Sklaven durchaus nicht zukommen, indem dieser immer als *res* behandelt wird⁶⁾. Nun ist in allen Stellen, welche von der Bestellung des Tutors für die Person sprechen, diese immer scharf

— v. LÖHR, Magazin, 3. Bd. Nr. 1. pg. 17. u. f. —
ROSSHIRT l. c. § 45. B. — ZIMMERN Geschichte des
röm Priv. R. 1. Bd. 2. Thl. 1. Buch §. 232. S. 865.

2) Fr. 14. D. (XXVI. 2.) — §. 4. J. (I. 14.) und THEOPHILUS ad h. §.

3) Fr. 3. §. 1. D. (XXVI. 1.) Aber die Sorge für die Person in diesem Sinne bezeichnet nur das Wort *cura*, vid. fr. 3. §. 1. *de tutelis*: so wie bei der Sorge über die Person des *furiosus* diese nie mit *persona*, sondern nur mit *corpus* bezeichnet wird. l. 7. D. *de curatoribus furioso*. (XXVII. 10.)

4) Fr. 1. D. *de statu hominum*. (I. 5.) — §. 12. J. *de jure nat.* (I. 2.) vergl. auch c. 11. C. *qui dare tut.* (V. 34.)

5) ZIMMERN Rechts-Gesch. §. 117. pg. 421.

6) §. 4. J. *de capit. dem.* (I. 16.) SCHWEPPE R. Gesch. §. 150. §. 343. Der *servus* ist in *bonis*. GAJUS I. §. 54.

pen *rebus vel causis* entgegengesetzt, und wir sind demnach nicht befugt, dem Wort *persona* eine weitere Bedeutung zu unterlegen, als in der es die Klassiker selbst in jener Zusammenstellung brauchten. Nach dieser Erklärung sagt also der obige Satz nur: der Tutor wird für die bürgerliche Persönlichkeit ⁷⁾ bestellt. Die Wahrheit dieses Satzes wird noch einleuchtender, wenn man damit die andere Stelle vergleicht, welche die Gegner für sich anführen. Sie berufen sich nämlich

2) auf die Definition der Tutel von SERVIVS ⁸⁾, in fr. 1. D. de tutelis (XXVI. 1.) „*Tutela est vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem sponte se defendere nequit etc.*“

Aus den Worten *tueri* und *defendere* soll nun, da sie im Allgemeinen schützen und vertheidigen bedeuten ⁹⁾, folgen, daß der Tutor zum Schutze der Person (*corpus*) des Pupillen verpflichtet sey. Man muß aber vielmehr im Gegentheile so argumentiren: da *tueri* und *defendere* nur im Allgemeinen Schutz und Vertheidigung bezeichnen, so ist mit diesen Worten die Art des Schutzes oder der Vertheidigung in *concreto* noch gar nicht bestimmt, sondern hängt von dem im einzelnen Falle zu schützenden oder zu vertheidigenden Gegenstande ab; dieß ist nun aber hier, wie Nr. 1. gezeigt wurde, nur die bürgerliche Persönlichkeit des Pupillen, mit-

7) SAVIGNY vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung etc. Heidelberg 1824. S. 104. — GLÜK Comment. 29. Bd. S. 13.

8) Ueber die ursprüngliche Fassung dieser Definition und ihre verschiedene Auslegung vid. GLÜK Comment. 28. Bd. S. 468. u. f. — LÖHR Magazin, 3. Bd. Nr. 1. pg. 17. — Vergl. A. W. de SCHROETER l. c. pg. 22. —

9) §. 2. J. de tutelis. (I. 13.) *Appellantur tutores quasi tuitores ac defensores, sicut aeditui dicuntur, qui aedes tuentur.*

hin lässt sich aus der obigen Stelle die Pflicht des Tutors, für seine Erziehung zu sorgen, nicht nachweisen.

Diese Behauptung gewinnt noch mehr Gewissheit, wenn wir die Bedeutung des *defendere* genauer untersuchen. Dieses „*se defendere nequit*“ ist hier die Negation einer Eigenschaft, deren Mangel durch das *tueri* ersetzt werden soll. Durch das *tueri* soll also kein anderer Zustand für den Schutzbedürftigen bewirkt werden, als in welchem er sich befinden würde, wenn er sich selbst zu vertheidigen (*defendere*) im Stande wäre. Dafs nun obiges *se defendere* nicht auf physischen Schutz sich beziehe, sondern bloß die Fähigkeit, seine bürgerliche Persönlichkeit im Staate vor dem Gesetz geltend zu machen, in der Sprache der römischen Juristen bezeichne, unterliegt auch nicht dem mindesten Zweifel, wie aus den angeführten Gesetzstellen sich ergibt ¹⁰⁾. Die Ausdrücke *tueri* und *defendere* sind demnach hier ganz synonym, und begreifen bloß die Sorge für Erhaltung der bürgerlichen, keineswegs aber physischen Persönlichkeit des Mündels. Hiermit widerlegt sich denn auch die Behauptung MÜHLENBRUCHS ¹¹⁾ von selbst, nämlich, daß es Pflicht des Tutors sey, die Person des Pupillen (*corpus*) gegen Injurien Dritter zu schützen, indem der richtige Sinn der von ihm hierfür citirten l. 30 D. (26. 7.) *Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat*,

10) Fr. 1. §. 2. fr. 10. fr. 30. D. *de admin. et peric. tut.* (XXVI. 7.) — fr. 21. *de auct. et cons. tut.* (XXVI. 8.) — const. 28. pr. §. 4. *in fin. Cod. de administr. tut. etc.* (V. 37.) — const. 1. *Cod. si ex pluribus tutoribus.* (V. 40.) — const. 1. *Cod. ut causae post pubertatem adsit tutor.* (V. 48.)

11) MÜHLENBRUCH *Doctr. Pand. cit.* §. 328. vergl. mit §. 325. not. 2. — Eben so MACKELDEY *Lehrbuch* § 279. — v. WENING INGENHEIM l. c. §. 114.

durch die Vergleichung mit den in Not. 10 cit. frg. keinem Zweifel mehr unterworfen seyn kann.

Ein nicht unbedeutendes Argument für die Behauptung, daß der vom Tutor zu leistende Schutz auf etwas ganz anderes, als das physische Wohl des Pupillen zu beziehen seyn möchte, ergiebt sich auch aus dem von ULPIAN XI. 14. aufbehaltenen Zwölf-Tafeln-Fragmente, insoferne man folgende Les-Art und Interpunction als die richtige annimmt^{1 2)}: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.* Die nahe Verbindung der Tutel mit dem Erb-rechte, und ebendadurch mit dem Vermögen, wovon weiter unten noch die Rede seyn wird, sind anerkannt^{1 3)}. Da aber nach der ebenerwähnten Definition des SERVIUS die Tutel zu ihrem Objecte nothwendig eine Person fordert, über Sachen allein aber nach dem ganzen röm. Rechte nie eine Tutel, sondern nur eine *cura* Platz greifen kann, so ist wohl kein Vereinigungs-Versuch beider Stellen einfacher und natürlicher, als wenn man die dem Tutor in der Definition des SERVIUS beigelegte Schutzpflicht auf die bürgerliche Persönlichkeit des Pupillen, als Subject von Vermögensrechten im weitesten Sinn (Eigenthum und Obligationen) bezieht. Zum mindesten enthält das angeführte 12 Tafeln-Fragment auch nicht die geringste Spur von einer Verbindlichkeit des Tutors, das *corpus pupilli* zu schützen.

3). Nicht geringe Schwierigkeiten fanden diejenigen Rechtslehrer, welche ein Erziehungsrecht des Tutors annehmen, in Lib. XXVII. Tit. 2. Dig. *ubi pupillus educari vel morari*, Lib. V. Tit. 49. Cod. *ubi pupillus educari debeat* und Lib. V. Tit. 50. Cod. *de alimentis pupillo praestandis*. Sie sahen sich da-

12) GLÜCK Comment. 29. Bd. S. 204 u. f.

13) GLÜCK Comm. 28. Bd. S. 35 u. f. — LÖHR, Magazin a. a. O. S. 5. —

durch genöthiget, auf ihren Satz, daß der Tutor für Erziehung und Alimente zu sorgen habe, sogleich eine Masse einzelner abgerissener Sätze folgen zu lassen ¹⁴⁾, deren logische Folgerung aus jenem Hauptsatze wohl schwerlich einzusehen seyn möchte, so wie man vielmehr dadurch in Ungewissheit geräth, ob sie Ausnahmen vom Hauptsatze bilden sollen, oder ob dieser nicht vielmehr durch sie gänzlich elidirt werde, und höchstens selbst als eine Ausnahme von einer in diesen nachfolgenden Sätzen versteckten Regel zu betrachten sey.

Der erwähnte Hauptsatz kann nur von zwei Ansichten ausgehen: entweder man erklärt die Tutel als eine Analogie oder Surrogat der *patria potestas* ¹⁵⁾, und dann hat auch der Tutor ein Erziehungs-Recht; oder — man definirt die *potestas* des Tutors bloß als das Recht, auf die Willensäußerungen des Pupillen durch Interposition oder Verweigerung der *auctoritas* einzuwirken, verbunden mit der Pflicht des Schutzes und der Vorsorge für die physische Persönlichkeit des Pupillen ¹⁶⁾, — giebt also dem Tutor eine Erziehungspflicht: doch möchte sich das eine so wenig wie das andere vertheidigen lassen. Hätte näm-

14) MÜHLENBRUCH *Doctrina Pand. Vol. II.* §. 328 — SEUFFERT *Pand. R.* 3. Bd. §. 503. — MACKELDEY *Lehrbuch* §. 279. — v. WENING INGENHEIM *Lehrbuch* Bd. 3. §. 116.

15) GLÜCK *Comm.* 28. Bd. S. 445. — SCHWEPPE *Rechtsgesch.* §. 420. — Dagegen GAJUS I. §. 142. — *pr. J. de tutelis*, — wo den Personen, die in *potestate* sind, die unter Tutel oder cura stehenden streng entgegengestellt werden. Vergl. LÖHR, *Vertheidigung* s. frühern Ansichten in s. cit. *Magazin* 3. Bd. 4 II Nr. 14. pg. 459 u. 460 — ZIMMERN I. c. §. 232. not. 16. pg. 862. vergl. mit §. 122. §. 179. — Die weitere Ausführung folgt in §. 9. unt. —

16) MÜHLENBRUCH I. c. §. 312 pg. 175.

lich der Tutor ein Erziehungs-Recht ¹⁷⁾, so kann ihn keine leztwillige Verfügung des Vaters binden, er braucht keine Verfügung der Obrigkeit einzuhohlen: er bestimmt frei über den Aufenthalt, den Unterricht, die Religion und den Stand des Kindes — er muß alsdann das *interdictum de liberis exhibendis* so gut anstellen können, wie der Vater: aber davon, daß der Tutor diese letzte Befugniß habe, findet sich nirgends eine Spur, und gerade über die vorhergehenden Punkte enthalten die angeführten Titel der Pandekten und des Codex offenbar das Gegentheil.

Die zweyte Ansicht hat etwas mehr für sich; denn man könnte ihr gemäß sagen: dem Tutor liege bloß das **F a k t i s c h e** der Erziehung ob; nur die **Ausübung** des Erziehungs-Rechtes sey ihm mandirt, womit sich dann recht gut die Stellen vereinbaren liessen, welche dem Vater das Recht ertheilen, über die Erziehung seines Kindes im Testamente Bestimmungen zu treffen, oder den Vormund an Einholung obrigkeitlicher Vorschriften, wenn der Vater nichts bestimmte, binden. Aber selbst zugegeben, was bereits unter Nr. 1. u. 2. als unrichtig erwiesen wurde, daß nämlich der Tutor für den Schutz der physischen Person zu sorgen habe, wäre es unerklärlich, warum denn der Mutter in ganz klaren Gesetzstellen ¹⁸⁾ ein Vorzugsrecht vor dem Tutor bei Übernahme der Erziehung zugestanden wird, da eben darin das Faktische der Erziehung, wozu der Tutor nach obiger Theorie verpflichtet seyn soll, und was nach jener Voraussetzung einen so wesentlichen Grund seiner Bestellung enthält, besteht, daß er den Pupillen bey sich hat, um mit seiner schirmenden Hand ihn überall zu decken, und daß er den Unterricht unmittelbar leitet ¹⁹⁾?

17) Vergl. BURCHARDI, gemeinrechtliches Erziehungs-Recht, im Archiv f. civ. Prx. 8 Bd. 2. Hft. Nr. 8. pg. 164 u. f. besonders pg. 186 u. f.

18) *Const 1. Cod. ubi pup. educ. deb. — Nov XXII. cap. 38.*

19) Daß der Tutor aber hierzu nicht verpflichtet ist, gibt auch von WENING INGENHEIM l. c. §. 116. zu.

Man mag nun eine von diesen beiden Ansichten befolgen, welche man will, so wird man Inconsequenzen nicht vermeiden können. Vergleicht man dagegen die in den angeführten Titeln des *corpus juris* enthaltenen Gesetze, so erhält man ganz dasselbe Resultat, welches die beiden zuerst untersuchten Stellen lieferten²⁰⁾, nämlich: daß der Tutor mit der Erziehung des Pupillen gar nichts zu schaffen habe. Folgende Bemerkungen werden diesen Satz rechtfertigen:

Die Behauptung der Gegner geht vorzüglich dahin, der Tutor sey nicht verbunden, sich in Ansehung der Bestimmung über Aufenthalt, Erziehung und Unterhalt des Mündels an die Obrigkeit zu wenden, sondern er könne selbst verfügen, und brauche nur zunächst die Dispositionen des Vaters, so weit sie vernünftig sind, zu beachten²¹⁾. Dafür werden citirt: fr. 2 pr. § 1 — 3. fr. 4 D. *ubi pup. educ. vel morari.* — const. 2 Cod. (V. 50.) — fr. 6 D. *de sponsalibus*, und fr. 20 D. *de R. N.*²²⁾. — Geht man aber von dem allgemeinen Gesichtspunkte aus, daß kein Bürger an sich der Gewalt eines andern, sondern nur der des Staates unterworfen ist²³⁾, so kann ein Bürger nur in so ferne und in soweit zu Bestimmungen über einen andern berechtigt seyn, als ihm dieß Recht durch ein specielles oder allgemeines Gesetz (wie z. B. die väterliche Gewalt) übertragen ist: mithin könnte der Tutor nur in dem Falle über die Erziehung und den Aufenthalt des Pupillen ohne Anfrage bei der Obrigkeit Anordnungen treffen, wenn ein Gesetz ihm diese Befugniß ausdrücklich er-

20) Nr. 1. u. 2. dieses §.

21) v. WENING l. c. §. 158.

22) Vergl. MÜHLENBRUCH l. c. §. 312. not. 4.

23) THIBAUT Pand. §. 342.

theilte. Nun geben aber die Gesetze²⁴⁾ dem Tutor nur ein Recht zur Ergänzung der bürgerlichen Persönlichkeit und Vermögens-Verwaltung, nicht aber zur Erziehung. Es wäre demnach höchst unjuristisch, dem Tutor ein Recht einzuräumen, das Ausfluß des Regierungs-Rechtes des Staates ist, ohne daß ein Gesetz diese Übertragung rechtfertigte: die von den Gegnern dafür angeführten Gesetzstellen enthalten aber durchaus nichts für ihre Behauptung; denn fr. 2. pr. cit. spricht bloß davon, daß, wenn der Tutor für die Erziehung und Ernährung des Pupillen Auslagen gemacht habe, er deren Erstattung fordern könne, woraus noch gar kein Recht desselben, über die Erziehung selbst Verfügungen zu machen, sich ableiten läßt. Dasselbe ist auch gegen fr. 4 und const. 2. cit. einzuwenden. Fr. 2. §. 1 — 3. cit. sprechen bloß von Alimentenverhältnissen, die auf vorliegende Erörterung gar keinen Bezug haben. Ein Argument sollen fr. 6 und fr. 20 cit. liefern; aber sie reden bloß von Fällen, wo es sich um die Wirkung der *autoritas* und des *consensus* bei Sponsalien und Eingehung der Ehe von Seite der Pupille handelt, wo also nicht einmal an eine Schutzpflicht der physischen Persönlichkeit, vielweniger an eine Analogie für das Erziehungsrecht gedacht werden kann, deren Resultat, wenn sie je möglich wäre, für die Gegner eben nicht sehr glänzend ausfallen dürfte, da in fr. 20. cit. mit dürren Worten steht: „es gehe den Vormund nichts an!“

§- 5.

F o r t s e t z u n g.

Mit etwas mehr Schein beruft man sich auf fr. 1. pr. D, *ubi pup. educ. v. morari deb.* und argu-

24) Nr. 1. u. 2. dieses §. — ULP. XI §. 25. *Pupillorum pupillarumve tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt.* — L. 1. pr. D. *de legitimis tutoribus.* — THEOPHIL. *paraphr. ad §. 2. J. de tutelis.*

mentirt daraus so: das frg. sage nur, daß man den Praetor gewöhnlich anginge, um über die Erziehung der Kinder Bestimmungen zu treffen: der Tutor sey aber nicht hierzu verbunden, sondern könne auch selbst darüber bestimmen¹⁾. Daß sich aus den Worten: *solet praetor adiri* ergibt, daß der Praetor nicht bei jedem vorkommenden Falle angegangen werde, ist wahr: es fragt sich aber nun, was ist der Grund hiervon? Den einen Grund giebt das römische Recht an; nämlich, wenn der Vater testamentarische Verfügungen über die Erziehung des Pupillen getroffen hat²⁾: daß aber dieß nicht der einzige Fall war, wo der Praetor nicht angegangen zu werden brauchte, liegt klar vor, indem sonst das Gesetz sich wohl bestimmter ausgesprochen haben würde: es ist aber nicht schwierig, auch den andern Fall aufzufinden, in welchem der Praetor nicht angegangen zu werden brauchte. ULPIAN sagt fr. 5 D. h. t. *Si disceptetur, ubi morari vel ubi educari pupillum oporteat, causa cognita id praesidem statuere oportebit*. Hiemit ist also bestimmt, wenn die Obrigkeit angegangen werden muß — nemlich, wenn ein Streit entsteht, bei wem der Pupill erzogen werden soll. Ist also kein Streit darüber, so braucht auch der Praetor nicht angegangen zu werden. Streit kann aber nur entstehen, wenn die zur Erziehung verpflichtete Person diese nicht übernehmen will, oder wenn der zur Erziehung berechtigten Person Andere dieselbe entziehen wollen³⁾. Alles hängt nun von der Lösung der Frage ab: Wer ist diese berechtigte und verpflichtete Person?

Die berechtigte Person kann der Tutor nun einmal nicht seyn, wie schon im vorhergehenden §.

1) Vergl. auch THIBAUT System des Pand. R. §. 520. not*.

2) L. 1. §. 1. D. (XXVII. 2.)

3) Const. 1. Cod. ubi pup. educari deb.

gezeigt wurde: denn er hat kein Erziehungs-Recht, weil die Tutel keine *patria potestas* ist, und ihm kein spezielles Gesetz ein solches Recht einräumt: die verpflichtete Person aber kann er eben so wenig seyn; denn einmal geben die Gegner selbst zu, daß auch ohne erhobenen Streit der Tutor die Obrigkeit angehen kann ⁴⁾, zu bestimmen, wo und wie der Pupill zu erziehen sey, was zwecklos wäre, da er nothwendig die Antwort erhalten müsste: er selbst sey ja die dazu verpflichtete Person. Auch müsste, wenn wirklich ein Prozeß entsteht, unter dieser Voraussetzung immer für den Tutor entschieden werden, wenn es zu seinem Amte als Tutor gehörte, den Pupillen zu erziehen, wogegen aber klare Gesetze streiten ⁵⁾.

Die Personen nun, welche zur Übernahme der Erziehung berechtigt und verpflichtet sind, sind die Mutter und die Verwandten. Die Mutter ist *ipso jure* hierzu befugt, ohne daß eine *causae cognitio* des Prätors vorherzugehen brauchte ⁶⁾. Man kann hier für die Mutter füglich eine *cura pupillorum legitima* behaupten, nur mit der Beschränkung, daß hier die *dativa* der *legitima* vorgeht, wenn der Praetor die Mutter für verdächtig hält, indem er ihr dann einen andern Verwandten vorziehen kann ⁷⁾. Der stärkste Beweis, daß dem Tutor kein Einfluß auf

4) Vergl. THIBAUT a. a. O.

5) Const. 1. 2 Cod. *ubi pup. educ. deb.* — Fr. 1. §. 2. fr. 5. D. (XXVII. 2.)

6) Const. 1. Cod. (V. 49.) — Nov. XXII. cap. 38. spricht es ganz bestimmt aus, indem sie mit den Worten: „*dat enim ei hoc haec lex*“ das Erziehungs-Recht der Mutter zur *cura personalis legitima* macht, und in den Worten: *omnium mater fide dignior videbatur*, zugleich das Vorzugs-Recht der Mutter vor allen übrigen Verwandten begründet.

7) Const. 1. Cod. (V. 49.) vergl. mit fr. 1. §. 1. D. (XXVII. 2.)

die Erziehung zustehe, ergibt sich daraus, daß in früheren Zeiten der Tutor von der Erziehung des Pupillen ganz ausgeschlossen seyn mußte, da sich eine Stelle noch im Justinianischen Rechte findet, welche die Agnaten von dieser *cura personalis pupillorum* gerade zu ausschliesst. ⁸⁾ Auch findet sich im *Corpus juris* noch mehrmals der Grund dieser Verordnung, welcher in dem Zusammenhange der *tutela legitima*, der ursprünglichen, und ohne Zweifel lange Zeit häufigsten Art der Tutel, und dem Erbrechte liegt, da zu beiden nur die Agnaten gerufen waren, indem man Gefahr für das Leben des Pupillen besorgte, wenn man ihn den Händen derer anvertraute, die durch seinen Tod nur gewinnen konnten. ⁹⁾ Diese Rücksicht trat freilich nachher bei dem *tutor testamentarius* und *dativus*, so ferne ein *extraneus* erwählt wurde, nicht so sehr ein: doch enthält noch der *Codex* ¹⁰⁾ ein Rescript über einen Streit um die Erziehung zwischen dem väterlichen und mütterlichen Verwandten, die demjenigen zugesprochen werden soll, bey welchem sich die wenigsten Verdachtsgründe, daß er Schädliches gegen den Pupillen im Sinne führe, ergeben würden. Daraus erklärt es sich, warum ULPIAN bey Aufzählung der Personen, welche zur Übernahme der Erziehung des Pupillen, also zu einer neben und gesondert von der Tutel fortlaufenden *cura personalis* berufen sind, weder der Agna-

8) Fr. 3. §. 1. D. *de tutelis. In pupillorum persona agnatos curatores non admittimus.*

9) Fr. 1. §. 1. in fin. D. (XXVII. 2.) *Id enim agere praetorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus, et educetur.* — Const. 2. C. (V. 49.)

10) Const. 2. cit. Impp. Diocl. et Maxim. *Utrum nepos tuus ex filia apud te, an apud patrum suum morari debeat, ex singulorum affectione, et qui magis ad suspicionem ex spe successionis propior sit, aestimabitur.*

ten, noch überhaupt des Tutors erwähnt ¹¹⁾), den er doch vor allen hätte nennen müssen, wenn die Erziehung des Pupillen, wie nach der Meinung Mancher, zu dem Amte desselben gehört hätte. Es ist daher einleuchtend, daß, wenn der Prätor wirklich auch einem Tutor die Sorge für die Erziehung überträgt ¹²⁾), der Tutor, in Betreff derselben, doch nur als Curator zu betrachten sey: mithin das prätentirte Erziehungs-Recht des Tutors durchaus keinen Unterschied der Tutel und Cura zu begründen vermag, da die Sorge für die Erziehung und physische Persönlichkeit des Mündels wenigstens eben so gut mit der Cura vereinbar ist ¹³⁾), wie mit der Tutel, ja sogar, wie eben gezeigt wurde, eine eigene Art der Cura begründen kann.

§. 6.

c) In Betreff der Alimente.

Eben so unrichtig ist die Behauptung, der Tutor habe die Pflicht, für die Alimentation des Pupillen Sorge zu tragen ¹⁾). Der Ungrund dieser Behauptung ergibt sich am deutlichsten, wenn man die Gränze

11) Fr. 1. §. 2. D. (XXVII. 2.)

12) Dieß ist der Fall in fr. 12 §. 3 D. *de adm. et per. tut.* auf welche die Gegner so großes Gewicht legen. s. MAYER diss. cit. cap. 2. pg. 12. Es widerstreitet dieser Theorie gar nicht, wenn man nur das: *cum tutor — praeponatur* richtig übersetzt: „in dem Falle, daß der Tutor nicht nur dem Vermögen, sondern auch der Erziehung des Pupillen vorgesetzt wird.“ —

13) Fr. 7 pr. D. (XXVII. 10.) „*Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus et salus furiosi*“ — ein Satz — der nirgends in den Gesetzen in dieser Ausdehnung auch für die Tutel ausgesprochen ist.

1) v. WENING l. c. §. 116. 158. — MÜHLENBRUCH l. c. §. 328.

ins Auge fasst, bis zu welcher man gewöhnlich dem Tutor die Verbindlichkeit, Alimente zu verabreichen, auflegt²⁾. Diese Gränze entnimmt man aus fr. 3. §. 6. D. *ubi pup. educ.* wo gesagt wird, wenn der Pupill kein Vermögen besitze, so sey der Tutor nicht verbunden, ihn von dem seinigen zu ernähren, was doch nothwendig folgen müsste, wenn der Tutor als solcher zur Verabreichung der Alimente verbunden wäre, und das frg. würde sogar widersinnig seyn, wenn der Tutor für die physische Person des Mündels (nach der Behauptung der Gegner) zu sorgen verbunden wäre³⁾, indem die Verabreichung des nöthigen Lebens - Unterhaltes alsdann seine erste und heiligste Pflicht seyn müsste. Vergleicht man aber obiges fr. mit den übrigen Gesetzstellen über Verabreichung der Alimente an den Pupillen, so ergibt es sich, daß der Tutor nur in so ferne verpflichtet ist, als er zugleich die Verwaltung des Vermögens des Pupillen führt⁴⁾, was mit dem Wesen der Tutel recht gut vereinbar ist, ohne deren eigentlichen Character zu verändern⁵⁾. Ausser diesem Falle kann ihm die Alimentation nur dann obliegen, wenn er als Verwandter dazu verpflichtet ist, und der Pupill kein eigenes Vermögen besitzt⁶⁾. Die Pflicht zur Verabreichung der Alimente von Seite des Tutors entspringt also bloß aus der *administratio*⁷⁾, weshalb er hierzu aus keinem andern Grunde, als wie der *curator* eines *minor*⁸⁾ oder *ven-*

2) v. WENING l. c. §. 114.

3) S. oben §. 4. Nr 1. u. 2.

4) Fr. 3 §. 1. D. (XXVII. 2.) — fr. 3 § 4 *ibid* . . .
prius tamen exigere debet, (praetor) ut profiteatur tu-
tor, quae sit penes se summa.

5) ROSSHIRT Grundlinien § 36.

6) THIBAUT System des Pand. R. § 347.

7) Const. 2. Cod. (V. 50.)

8) Fr. 3. pr. § 5. D. (XXVII. 2.) — s. v. LÖHR Maga-
zin 3. Bd. 1. Hft. pg. 23.

ter ⁹⁾ gehalten ist. Die Folgen, welche die Gesetze an Nicht-Verabreichung der Alimente knüpfen, treffen den Tutor also bloß aus dem Grunde schlechter oder unterlassener Geschäftsbesorgung ¹⁰⁾).

Die Befugniß, die Grösse der Alimente zu bestimmen, muß dem Tutor gleichfalls abgesprochen werden: denn dieß ist ein Ausfluß des Erziehungs-Rechtes, mithin kann nur der Vater ¹¹⁾ oder die Obrigkeit ¹²⁾ darüber Anordnungen treffen. Die Bestimmung der const. 1. Cod. *de alim. pup. praest.* enthält nur eine Ausnahme zum Besten des Pupillen, und muß eben so gut vom Curator ¹³⁾, wenn ein solcher einem *impubes* zur Vermögensverwaltung neben dem Tutor noch besonders beigegeben ist, gelten. Auch bestimmt in dem Falle dieser const. der Tutor die Alimente nur vermöge einer singulären Verstatung der Obrigkeit, wenn nämlich dargethan wird, daß dem Pupillen durch die Offenbarung seines Vermögens-Standes bei der in der Regel nothwendigen gerichtlichen Vorlage desselben Nachtheil zugehen würde. Daß der Tutor dem Pupillen ohne vorgän-

9) Fr. 1. §. 19. *de ventr. in poss. mitt.*

10) Fr. 6. D. (XXVII. 2.) — const. 1. Cod. (V. 50.) — §. 9. in fin. J. (I. 26.) — fr. 3. §. 14. fr. 7. §. 2. D. (XXVI. 10.)

11) Vergl. oben §. 4. Nr. 3. — fr. 1. §. 1. D. (XXVII. 2.) — Von der Vorschrift des Vaters darf der Tutor durchaus nicht eigenmächtig abweichen, sondern muß, wenn die ausgesetzte Summe im Verhältniß zum Vermögen des Mündels zu groß ist, bei der Obrigkeit um deren Herabsetzung anhalten. Darnach möchte v. WE-NING l. c. §. 158. zu berichtigen seyn, wo er sagt: der Tutor sey an die Vorschrift des Vaters nur so weit gebunden, als sie vernünftig ist. Vergl. fr. 2. §. 3. — fr. 3. §. 6. D. (XXVII. 2.)

12) Fr. 3. pr. D. (XVII. 2.)

13) §. 5. J. *de curatoribus*, — fr. 19. D. *de auct. et cons. tut.*

gige Anfrage bei der Obrigkeit Alimente verabreichen kann, unterliegt keinem Zweifel¹⁴⁾; aber er handelt dann bloß als *negotiorum gestor*, auf seine Gefahr, ist daher wegen unmässigen Aufwandes verantwortlich, und kann, wenn er von seinem eigenen Vermögen die Auslagen bestritt, nur so viel zurückfordern, als zum anständigen, dem Stande und Vermögen des Pupillen angemessenen Aufwande nothwendig war¹⁵⁾. Dafs diese Sorge für den Unterhalt des Pupillen keinen Unterschied zwischen der Tutel und Cura begründen könne, leuchtet von selbst ein¹⁶⁾, da der Tutor nicht als solcher, sondern nur in so ferne er zugleich Vermögensverwalter ist, hierzu eine Obliegenheit hat, und diese Verbindlichkeit nicht minder dem Curator eines *furiosus, venter, prodigus* etc. zukömmt.

§. 7.

C. Zur bürgerlichen Persönlichkeit.

Dafs es Pflicht des Tutors sey, durch sein Vollwort die bürgerliche Persönlichkeit des Mündels zu ergänzen, ist noch von Niemand bestritten worden. Es bleibt demnach nur noch die Frage zu erörtern, ob die Verbindlichkeit zur *auctoritatis interpositio* das Wesen der Tutel in der Art ausmache, dafs derjenige, welcher dazu verpflichtet ist, schon wegen dieser Verbindlichkeit allein als Tutor angesehen werden müsse, und zugleich muß nachgewiesen werden, in wiefern die *auctoritatis interpositio* als ausschliessender Character der Tutel angehöre, mithin von der Zustimmung des Curators verschieden sey. Diefs mag sich aus folgenden Betrachtungen ergeben.

14) Fr. 2. §. 1. D. de auct. et cons. tut.

15) Fr. 2, pr. §. 1. D. eod.

16) S. v. LÖHR Magazin l. c. pg. 24.

Es war durchgreifender Grundsatz des älteren röm. Civilrechts, daß Niemand durch dritte Personen Rechte erwerben könne¹⁾. Wenn gleich die Strenge dieses Grundsatzes in der Folge nachliefs²⁾, so blieben doch auch im neusten Rechte Handlungen übrig, welche der Betheiligte nur in eigener Person vornehmen konnte³⁾. Um nun auch solchen Personen, die das Gesetz aus irgend einer Rücksicht für unfähig erklärt hatte, mit voller Rechtswirkung vor Gericht aufzutreten und eine Obligation zu contrahiren, die Vornahme obiger Handlungen rechtlich möglich zu machen, erhielten sie einen Beistand — Tutor — dessen Geschäft darin bestand, durch sein Vollwort — *auctoritas* — die mangelhafte bürgerliche Persönlichkeit des Pupillen (oder der Frau) zu ergänzen⁴⁾, indem er zugleich durch Einlegung dieses seines Vollwortes sich selbst mit verpflichtete⁵⁾. Dießs Verhältniß bezeichnete man mit den Ausdrücken: *auctor fieri, auctor esse, auctoritatem interponere*⁶⁾.

1) MÜHLENBRUCH, von der Cession der Foderungs-Rechte. §. 5. u. fl. — § 5. *J per quas personas nobis acq.* — const. 1. Cod. cod. — fr 123. pr. *de reg. jur.* — Vergl. GLÜCK 29. Bd S 131. not. 7

2) Pr. *J. de iis, per quos agere poss.* — fr 5. D. *de stipulationibus praetoriis.* — MÜHLENBRUCH a. a. O. §. 14 u. fl.

3) §. 1. *J. de auctoritate tutor.* — fr. 53 *de acq. rer. dom.* — fr. 19. D. *de auct. et cons. tut.* — fr. 6. D. *de sponsalibus* vergl. mit fr. 14. eod. — fr. 9. D. (XXIX. 2.) — fr 37. §. 1 2. *ad S. C. Treb.* — fr. 1. fr. 38. §. 17. D *de O. et A.* — const 5. const 18 §. 4 Cod. (VI. 30) etc. — v. LÖHR a. a. O. S. 6 56. u. fl. — MÜHLENBRUCH Doctr. Pand § 523.

4) ULPIAN. frag. XI. 25. *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt.*

5) Fr. 16. D (XXVI. 6.) — fr. 28. pr. fr. 39. §. 4. D. (XXVI. 7) -- fr. 6. 7. D. (XXVI. 9.) — const. 26. Cod. *de adm. tut.*

6) Mit Unrecht legte man bisher auch dem Worte: „*auctorari*“ diesen Sinn bei, Vergl unten § 12.

Schon der synonyme Gebrauch der Worte *tutor* und *auctor* zeugt dafür, wie sehr diese *auctoritatis interpositio* als das eigentlich Characteristische der Tutel betrachtet wurde⁷⁾. Daß aber wirklich zum Begriffe des Tutors nichts gehöre, als die Pflicht, die *auctoritas* zu interponiren, sehen wir klar aus den Gesetzen, indem solche Beistände, welche gar nichts mit der Vermögens-Verwaltung und Erziehung des Pupillen zu schaffen hatten, und deren ganzes Amt sich auf Einlegung ihres Vollwortes beschränkte, wahre Tutoren sind. Von dieser Art sind die *tutores sexus*⁸⁾, der Tutor eines Pupillen, welcher nicht administrirt, weil dafür ein eigener Curator aufgestellt ist⁹⁾, und der *tutor honorarius*¹⁰⁾. Mithin ist der erste Punkt erwiesen, indem aus den Gesetzen hervorgeht, daß der Begriff eines Tutors bestehen kann, und wirklich besteht, wenn auch in seine Definition kein einziges Moment ausser der Pflicht zur *interpositio auctoritatis* aufgenommen wird.

§. 8.

F o r t s e t z u n g.

Es ist jetzt nur noch nachzuweisen, daß die *auctoritatis interpositio* ausschliesslich bei der Tutel, nicht aber auch bei der Cura vorkomme. Wir finden nämlich bei dem Curator gleichfalls eine Art Beistimmung zu den Geschäften des Mündels, welcher un-

7) v. LÖHR Magazin III. 1. S. 26. 27. — Cic. pro Caecina, cap. 25 „*nunquam auderet judicare, deberi viro dotem, quam mulier nullo auctore dixisset.*“

8) ULPIAN. frag. XI. 25. „*Mulierum tutores auctoritatem duntaxat interponunt*“

9) Fr. 33. §. 1 D. (XXVI. 7.)

10) v. LÖHR l. c. S. 40. — fr. 49. de A. et O. hered. — Vergl. unten §. 12.

ter dem Namen *consensus* vorkommt. Darüber, daß und wie dieser *consensus* von der *autoritas* verschieden sey, mithin letztere bei der *cura* nicht vorkomme, herrscht wenigstens unter den neueren Rechtslehrern volle Einigkeit. Der Unterschied braucht daher bloß in Kürze erwähnt zu werden ¹¹⁾).

Die Gesetze nehmen an, der *impubes* habe keinen juristisch vollgültigen Willen, desshalb erhält er einen Beistand, der durch seine zustimmende Erklärung bei dem Abschlusse eines Geschäftes mit dem Pupillen dessen bürgerliche Persönlichkeit ergänzt, und als Garant des eingegangnen Geschäftes sich darstellt, indem er die Verpflichtung mit übernimmt ¹²⁾. Es ist damit auch zugleich der Umfang und die Möglichkeit der *auctoritas* bestimmt; es mag nämlich der Pupill ein Geschäft eingehen, welches er will, über seine Person ¹³⁾ oder sein Vermögen ¹⁴⁾ in ein Obligations - Verhältniss treten, so ist zur Gültigkeit die *auctoritas* erforderlich ¹⁵⁾, da ja eben der Tutor zur Ergänzung der ganzen juristischen Persönlichkeit bestellt ist; — möglich ist aber die *interpositio* der *auctoritas*, als Ergänzung eines unvollständigen rechtlichen Willens nur da, wo ein solcher vorhanden ist: also nicht bei Personen, die vollgültigen Willen haben, wie der *pubes*, oder gar keinen, wie der *furiosus* und *venter* ¹⁶⁾. Nur wenn der Pupill im er-

11) De MAYER diss. cit. pag. 14. 15.

12) Vergl. §. 7. not. 5.

13) Fr. 6. D. *de sponsalib.* vergl. mit fr. 14. eod. — const. 5. in fin. Cod. *de auctoritate praestanda*.

14) Fr. 8. D. *de acquir. hered.* (XXIX. 2) — fr. 5. §. 1. D. (XXVI. 8.)

15) Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn der Pupill aus dem Geschäfte bloß berechtigt, aber nicht verpflichtet wird. §. 9. J. *de inutilib. stip.* — fr. 28. pr. D. *de pactis*.

16) Fr. 20 pr. D. (XXVI. 5.) — fr. 5. *de reg. jur.* —

sten Stadium der *infantia*¹⁷⁾, oder, wenn der *impubes demens* oder *furiosus* ist¹⁸⁾, gestatten singuläre gesetzliche Vorschriften dem Tutor allein, ohne Mitwirkung des Pupillen zu handeln. Noch fodern die Gesetze, daß der Tutor freiwillig¹⁹⁾, sogleich bei dem Abschlusse des Geschäftes²⁰⁾, in eigener Person²¹⁾, und unbedingt²²⁾, auch wenn das Geschäft, welches der Pupill eingeht, bedingt wäre, seine *auctoritas* interponire.

Ganz anders ist das Verhältniss des *minor* zu seinem Curator. Der *minor (pubes)* hat volle bürgerliche Persönlichkeit²³⁾, bedarf daher zur vollgültigen Verpflichtung keiner Willens-Ergänzung mehr²⁴⁾; hat er sich aber einen Curator erbeten, so unterliegt er in Betreff der Disposition über sein Vermögen einer Beschränkung, und kann hinsichtlich der über dieses eingegangenen Verbindlichkeiten immer wieder zurücktreten, bis der Curator das vom *minor* ganz vollgültig abgeschlossene Rechtsgeschäft genehmigt — seinen *consensus* hiezu ertheilt hat²⁵⁾. Hierin liegt denn auch die Hauptverschiedenheit der *auctoritas* und des *consensus*, daß vor Interposition der erste-

17) Fr. 1. §. 2 D. (XXVI. 7.) — §. 10. J. *de inut. stip.* — vergl. ROSSHIRT l. c. §. 45. A.

18) Fr. 3. §. 1. D. *de tutelis*.

19) Fr. 1. §. 1. fr. 17. D. (XXVI. 8.) — Vergl. THIBAUT l. c. §. 519. — MÜHLENBRUCH Doctr. Pand. §. 326. — v. WENING a. a. O. §. 115.

20) §. 2. J. (I. 21.) — fr. 2. D. (XXVI. 8.)

21) Fr. 9. §. 5. D. (XXVI. 8.)

22) Fr. 8. D. (XXVI. 8.)

23) Der Grund der Tutel, *qui propter aetatem sponte se defendere nequit*, fällt mit dem 14ten Jahre gesetzlich weg. pr. J. (I. 22.)

24) Ohne sein Verlangen erhielt der *minor* keinen *curator*. §. 2. J. (I. 23.) — GLÜCK 29. Bd. S. 10.

25) Const. 3. Cod. (II. 22.)

ren das vom Mündel eingegangene Geschäft rechtlich noch gar nicht existirt — durch die Ertheilung oder Verweigerung des *consensus* aber ein ganz gültig abgeschlossenes Geschäft erst klagbar gemacht oder wieder aufgehoben wird ²⁶). Für diese letztere Behauptung spricht noch ganz besonders die Betrachtung, daß der *minor* in Betreff seiner Person sich ganz unabhängig vom Consens des Curators verpflichten ²⁷), z. B. eine Ehe eingehen kann, so wie auch jedes Geschäft des unter *cura* stehenden *minor* ²⁸) der Bestätigung durch den *consensus* des Curators nicht bedarf, wodurch er den Andern sich verbindlich macht, ohne selbst eine aus seinem Vermögen zu bestreitende Gegenleistung zu übernehmen ²⁹). An die obengenannten vier Requisite der *auctoritas* ist der Consens des Curators keineswegs gebunden ³⁰). Somit stehen nun *auctoritas* und *consensus* einander schon im Begriffe als Ergänzung und Genehmigung gegenüber, und erstere behauptet sich demnach als das einzige wesentliche aber auch der Tutel ausschliessend zukommende Merkmal.

26) So sagt fr. 5. §. 1. D. (XXVI. 8) vom *impubes* ganz kurz: *non obligatur*: dagegen aber const 3 cit. vom *minor*, *contractum servari non oportet*, was dessen rechtliche Gültigkeit voraussetzt.

27) Pr. J. de nuptiis. — fr. 20. D. de ritu nuptiarum.

28) Der Minor, welcher sich keinen Curator erbeten hatte, verpflichtete sich ganz vollgültig; auf Erfüllung belangt, konnte er sich jedoch durch das Gesuch um *restitutio in integrum* schützen. Const. 3. in fin. Cod. (II 2.)

29) Fr. 6. fr. 101. de V. O. — THIBAUT a. a. O. §. 530.

30) THIBAUT a. a. O. §. 519. — v. WENING l. c. §. 115. — de MAYER diss. cit. pg. 15. 16. — GLÜCK 29. Bd. S. 12. — MÜHLENBRUCH Doctr. §. 326.

§. 9.

*Verhältniss der a u t o r i t a s zur p a t r i a
p o t e s t a s.*

Unter Voraussetzung der in den vorhergehenden §§. versuchten Begriffs - Bestimmung der *auctoritas*, ist es hier an seinem Orte, die vielverbreitete Ansicht ¹⁾, als sey die Tutel eine Analogie der *patria potestas*, einer näheren Prüfung zu unterstellen, um zu untersuchen, wie sich eine solche Analogie mit dem Begriffe der *autoritas* verträgt. Definirt man nämlich die Tutel als die Pflicht der Ergänzung der bürgerlichen Persönlichkeit eines *impubes*, welcher ein *caput liberum* ist, so läßt sich wahrlich nicht einsehen, worin denn die Analogie mit der *patria potestas* liegen solle? Das Wort *potestas* in der Definition des SERVIVS ²⁾ scheint wohl die erste Ursache dieser Behauptung gewesen zu seyn, die zu so vielen Missverständnissen führen musste. Eine zweite Analogie suchte man in der *unitas personae*. Vater und Haussohn machen im Civilrechte nur eine Person ³⁾. Eine solche Einheit wollte man nun auch zwischen Tutor und Pupill gefunden haben ⁴⁾. Die dritte Ähnlichkeit soll darin liegen, daß, so wie nur eine Mannsperson Inhaber der *patria potestas* seyn könne ⁵⁾, so auch nur Mannspersonen zur Führung der Tutel fähig wären. Es fragt sich nun: enthalten diese drei Sätze auch wirklich eine Analogie der *patria potestas*?

1) GLÜCK Comm. 28. Bd. S. 445. 474 vergl aber damit 29. Bd. S. 16. 30. Z. 4 v. u.—v. LÖHR a. a. O. pg. 2. — SCHWEPPE Rechts - Gesch. §. 419. 420.

2) Fr 1. D. *de tutelis*.

3) THIBAUT l. c. §. 353.

4) Man beruft sich desshalb auf fr. 1. pr. fr. 5. pr. fr. 5. §. 2 fr. 22. D. (XXVI. 8)

5) Const 1. Cod. *quando mulier tutelae officio fungi*.

Analogie ist die Anwendung der für einen bestimmten Gegenstand gegebenen Regeln auf einen andern unter denselben oder ähnlichen Verhältnissen. Die Aufgabe ist daher, die den Begriff der *patria potestas* construirenden Momente mit denen, die das Wesen der Tutel ausmachen, zu vergleichen.

Schon Hugo ⁶⁾ bemerkt, daß die Analogie zwischen der Tutel und *patria potestas* wohl nicht so groß seyn dürfte, als man glauben möchte: ich halte dafür, daß man geradezu behaupten könne, es existire gar keine solche Analogie. Diefs wird sich aus folgendem ergeben:

1) Das Civilrecht kennt bloß zwei Arten der *potestas* ⁷⁾: die *patria* und die *dominica*. Eine *patria p.* ist nun einmal die Gewalt des Tutors gewiß nicht, denn die Tutel ist keine Erwerbungsart der väterlichen Gewalt ⁸⁾; noch weniger ist sie eine *dominica*, denn der Pupill ist ein *caput liberum*, welche Eigenschaft er nebst seiner ganzen juristischen Persönlichkeit verlieren würde, wenn die Tutel diese Art der *potestas* begründete ⁹⁾: aber SERVIVS nennt doch nun einmal die Tutel eine *potestas*, und die Institutionen und Pandekten haben diese Definition als richtig angenommen: es fragt sich also: ist die Tutel eine dritte Art der *potestas*, oder welcher Begriff ist mit diesem Worte zu verbinden?

Das Wort *potestas* wurde bei den Römern in einem ganz allgemeinen Sinne gebraucht, und bezeich-

6) Hugo Rechts - Gesch. pg. 148. 149. wo er auch noch den formellen Unterschied beifügt, daß wohl Mehrere zugleich Inhaber einer und derselben Tutel, aber nur eine Person Inhaber der *patria potestas* seyn könne.

7) Tit. 8. 9. Inst. — fr. 1. §. 1. fr. 3. D. *de his, qui sui vel alieni juris*.

8) Hugo a. a. O. pg. 149. Z. 5. — THIBAUT a. a. O. §. 379.

9) Tit. J. *de capitis deminut.*

nete da blos die rechtliche Befugniss, auf eine Person oder eine Sache einzuwirken, ähnlich der Bedeutung des teutschen Wortes Gewalt¹⁰⁾. Nebstdem kömmt es aber noch in einem engern Sinne, als juristischer Kunst-Ausdruck, zur Bezeichnung eines *Status* vor¹¹⁾. Die Römer unterschieden nämlich in dieser Beziehung Personen, welche *sui juris* oder *alieno jure subjecti* waren¹²⁾. Die Personen, welche nicht *sui juris* waren, konnten in einem dreifachen verschiedenen Verhältnisse zu demjenigen stehen, dessen Rechte sie unterworfen waren, welche Verhältnisse durch die Worte *potestas*, *manus* und *mancipium* bezeichnet wurden¹³⁾. Die beiden letzten Verhältnisse verloren sich im Laufe der Zeit, und das Justinianeische Recht kennt blos noch die *potestas* als das einzige Verhältniss, vermöge dessen man *alieno jure subjectus* seyn kann¹⁴⁾. Hier ist es nun Haupt-Grundsatz, dass keiner eine *potestas* haben könne, der selbst unter der *potestas* stehe¹⁵⁾: und doch steht in den Gesetzen mit dürren Worten — auch der *filiusfamilias* könne *tutor* seyn¹⁶⁾ — ein unerklärbarer Widerspruch, wenn man die Definition des SERVIVS, dass die Tutel eine *potestas* sey, in diesem Sinne interpretirt. Eben so unerklärlich wäre es dann, wie die Gesetze sagen könnten — wer nicht unter einer *potestas* stehe, sey *sui juris*, und die *personae sui juris* befänden sich ent-

10) HUGO a. a. O. S. 119. — ZIMMERN Rechtsgesch. §. 122.

11) Pr. J. *de his, qui sui vel alieni jur.* — GAJUS. I. §. 51.

12) GAJUS I. §. 48. — pr. J. (I. 8.) — fr. 1. pr. D. (I. 6.)

13) GAJUS I. §. 49. *Sed rursus earum personarum, quae alieno jure subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.*

14) Pr. J. (I. 8.) — fr. I. pr. D. (I. 6.)

15) Fr. 21. D. *ad leg. Jul. de adult.* (XLVIII. 5.)

16) Fr. 9. D. (I. 6.)

weder unter Tutel und Cura, oder nicht¹⁷⁾, wenn die Tutel gleichfalls eine *potestas* wäre, indem sie dann in ihrem Begriffe das *sui juris esse* vernichten müsste. Dieß Alles erklärt sich ganz leicht, wenn man das Wesen der *potestas* im engern Sinne auf- fasst. Diese *potestas* ist nämlich nichts als das Recht, sich alles von einer bestimmten Person Erworbene zueignen¹⁸⁾: eine Abhängigkeit von demjenigen, der die *potestas* hat, in Bezug auf die persönlichen Verhältnisse des ihr Unterworfenen wird dadurch keineswegs begründet¹⁹⁾, sondern nur eine absolute Vermögenslosigkeit desselben²⁰⁾. Der Unterschied zwischen *potestas dominica* und *patria* liegt blos darin, daß bei ersterer der Unterworfene selbst einen Theil des Vermögens ausmacht²¹⁾ — als eine Sache behandelt wird: bei der *patria* P. dagegen ist der Haussohn zwar gleichfalls vermögenslos; was er erwirbt, erwirbt er dem Vater; aber persönlich ist er unabhängig, er ist *civis* und jedes bürgerlichen und Staats-Amtes fähig²²⁾. Dieß Zueignungs-Recht ist die Grund- idee der römischen *patria potestas civilis*²³⁾; daher

17) Pr. J. *de tutelis*. (I. 13) — GAJUS. I. § 142.

18) HUGO Rechts - Gesch. 116. — GAJUS I. §. 52. II § 86 — 90. III. §. 163 — 167. pr. J. *per quas personas nob. oblig. acq.* (III 19.) ULPIAN frg. tit. XIX. fr. 18. 19.

19) S. not. 22 GLÜCK 29. Bd S. 30 erklärt *potestas* und *manus* als die Gewalt über die Person der Familienglieder und das *sui juris esse* für Selbstständigkeit in Bezug auf Familienverbindung.

20) ZIMMERN a. a. O. §. 122. — GAJUS II. §. 87 *Ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.* ibid. §. 96. ULPIAN XX. 10. *Filius familias testamentum facere non potest, quia nihil suum habet, ut testari de eo possit.*

21) GAJUS. I. § 54.

22) Fr. 9 D. (I. 6.)

23) GAJUS I. §. 55. *quod jus proprium civium romanorum est.* — Es bezeichnet daher *potestas* hier nicht die schon

das Interesse, welches man an der Erwerbung der väterlichen Gewalt hatte, welche man nicht bloß durch die Ehe²⁴⁾, sondern auch durch Legitimation²⁵⁾ und Adoption²⁶⁾ erwerben konnte, in welchem letzten Falle das ganze bisherige Vermögen des Adoptivkindes in das des Adoptivvaters überging²⁷⁾ — daher konnte der *filius familias* nie, selbst nicht einmal *auctore patre* verpflichtet werden²⁸⁾ — deshalb gingen aber auch alle Noxalklagen gegen den *pater familias*²⁹⁾ — daher die *unitas personae* des Vaters und Haussohnes bei allen civilrechtlichen Geschäften³⁰⁾, weil nur ein *patrimonium* vorhanden war — daher endlich selbst die bei den späteren Juristen aufgekommene Idee eines schlummernden *condominii* des Sohnes.³¹⁾

Wo ist aber bei der Tutel eine Analogie eines solchen Verhältnisses anzutreffen? Der Pupill ist in den Gesetzen für *sui juris* erklärt³²⁾, d. h. für einen, der, was er besitzt, *nomine proprio* besitzt,

natürlichen Rechte der Aeltern, als älterliche Zucht etc. sondern es ist von einem rein positiven röm. Institute die Rede. ROSSHIRT. l. c. §. 21. Obige Rechte, die man gemeiniglich als die Wirkungen der *patria potestas* angibt, sind nichts, als Folgen des, dem Vater über seine Kinder übertragenen Schutz- und Züchtigungs-Rechtes des Staates. Der Vater ist in diesem Betracht bloß Mandatar des Staates.

24) Fr. 3. D. (I. 6.)

25) Const. 5. 6. 7. Cod. (V. 27.)

26) Fr. 1. pr. D. de adoptionibus.

27) §. 1. J. de acquisit. per arrogat.

28) §. 10 in fin. J. de inutilib. stipulat. — fr ult §. 1. D. de V. O.

29) Tit. J. de noxal. action.

30) Const. ult. Cod. (VI. 26.) — *cum et natura pater et filius una esse persona bene intelliguntur.*

31) Fr. 11. D. de lib. et posth.

32) Pr. J. de tutelis. — GAJUS I. §. 142.

oder was er erwirbt, sich selbst, nicht dem Tutor erwirbt, der doch die angebliche *potestas* inne haben müsste; ja umgekehrt erwirbt dieser bei allen Rechtsgeschäften, die durch einen Dritten vorgenommen werden dürfen, für den seiner Gewalt Untergebenen³³; statt einer Analogie der *potestas civilis* finden wir gerade das Gegentheil. Es muß demnach dem Worte *potestas* in der obigen Definition der Tutel ein anderer Sinn unterliegen, als in welchem es zur Bezeichnung des civilrechtlichen Institutes der Zueignungs-Befugniss fremden Erwerbes in den Gesetzen vorkommt.

Eben so unhaltbar ist es, wenn man sagen wollte, die Tutel sey eine Analogie der *patria potestas juris gentium*³⁴), als Inbegriff der älterlichen Zuchtrechte; denn es ist bereits in den §§ 4. 5. und 6. nachgewiesen worden, daß der Tutor als solcher mit der ganzen Erziehung und Alimentation nichts zu schaffen hat: mithin kann auch hierin wieder keine Analogie Platz greifen.

Will man durchaus eine Analogie für die dem Tutor zugeschriebene *potestas* haben, so kann man keine andere auffinden, als die *potestas* des Senates, den Plebisciten durch seine Zustimmung volle Gesetzeskraft zu geben³⁵): das Wort *potestas* ist also in der vielbesprochenen Definition des SERVIVS nur im gewöhnlichen Sinne als Macht (Gewalt überhaupt) gebraucht, deren Beschaffenheit eben so erst wieder durch

33) Fr. 2. fr. 6. D. *quando ex facto tutor* (XXVI. 9.) — const. 2. 4. Cod. eod. (V. 39.)

34) Eine Folge dieser *potestas*, und nicht der *civilis*, war das *jus vitae et necis*, welches wir auch bei andern Völkern finden; — daher darf §. 27. *de patr. potest.* durchaus nicht von dieser Ausdehnung des Züchtigungs-Rechtes verstanden werden. Vergl. GAIUS I § 52 55.

35) LIVIVS I. 17. VIII. 12. — CIC. Brut. cap. 14. — vergl. HUGO R. Gesch. pg. 119. — v. LÖHR a. a. O. S. 26.

die Gegenstände bestimmt wird, auf welche sie angewandt werden soll³⁶⁾, wie oben §. 4 Nr. 2. dasselbe Verhältniss bei dem *tueri* in Betreff der Art des Schutzes sich findet: es bezeichnet also die Macht des Tutors, die ihm durch Übertragung der Tutel ertheilt wurde, die unvollständige bürgerliche Persönlichkeit des Mündels zu ergänzen³⁷⁾: daraus ergibt es sich, warum ein *filius familias* Tutor seyn kann; denn die Tutel erfordert nicht, daß der Tutor *sui juris*, d. h. daß er in Betreff seiner Vermögensrechte unbeschränkt sey, sondern nur, daß er *civis*³⁸⁾ und *major XXV annis*³⁹⁾ ist, also volle staatsbürgerliche Persönlichkeit besitze, aus dem einfachen Grunde, weil sie nur ein *munus*⁴⁰⁾, aber keine *potestas* im römischen Sinne ist, sondern blos eine Fähigkeit und Möglichkeit zur Ergänzung der juristisch unvollständigen Willensäußerungen eines Andern enthält. Daß daher der von SERVIVS gebrauchte Ausdruck *potestas* kein Hinderniss seyn konnte, in den cit. Gesetzen die unter Tutel stehenden Personen als *sui juris* denen in *potestate* gerade entgegensetzen, ist von selbst klar, so wie er auch schlechterdings keine Analogie mit der *patria potestas* zu begründen vermag, da die mit dem Worte *potestas* bezeichneten Begriffe, wie eben gezeigt wurde, nichts als den Namen gemein haben.

36) So die Ausdrücke: *consularis* — *tribunitia* — *potestas*; sogar auch zur Bezeichnung der Gewalt über Sachen: *plenam in re potestatem* §. 4. J. (II. 4.) — So kommt es auch in dem XII. Tafelfragmente: *si furiosus est, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto*, in einer zweifachen Bedeutung vor, als Aufsichts-Recht über die Person, und als Verwaltungs-Recht des Vermögens, auf welche beide wohl nicht dieselbe Art der *potestas* anwendbar seyn möchte.

37) Vergl. oben §. 7. 8.

38) Fr. 9. D. cit. (I. 6.)

39) Const. 5. Cod. *de legitima tutela*. (V. 30.)

40) Vergl. GLÜCK Comment. 29. Bd. §. 1299. pg. 40.

Was die behauptete *unitas personae*⁴¹⁾ des Tutors und Pupillen betrifft, so beruht dieß auf einer Verwechslung der Begriffe, und ist gleichfalls ganz untauglich zur Begründung einer Analogie der *patria potestas*, wenn man den Grund der *unitas* und ihre Folgen in beiden Instituten vergleicht. Der Grund der *unitas* bei der *patria potestas* ist, wie unter Nr. 1. gezeigt wurde, die *unitas patrimonii*: den Grund der *unitas* bei der Tutel sucht man in den Gesetzen, nach welchen der Tutor mit dem Pupillen unter *interpositio* seiner eigenen *auctoritas* kein rechtsgültiges Geschäft eingehen kann⁴²⁾, und dem Pupillen während der Dauer der Tutel kein *judicium* gegen den Tutor gegeben wird⁴³⁾. Tutor und Pupill erscheinen aber hier keinesweges als eine Person, denn sie müssen bei Eingehung eines Geschäftes beide zugleich thätig seyn⁴⁴⁾; die *unitas* liegt daher nicht in der Willens-Einheit des Tutors und Pupillen, sondern einzig und allein in der Person des Tutors, der bei einem zwischen ihm selbst und dem Pupillen eingehenden Geschäfte in einer doppelten Beziehung erscheinen würde, welche in einer Person unverträglich

41) v. LÖHR a. a. O. S. 37. — GLÜCK 28. Bd. S. 474. 29. Bd. S. 12.

42) Fr. 5. pr. §. 2. D. (XXVI. 8.) — ULPIAN XI. 24. *Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult, ut auctore eo agat: ipse enim tutor in rem suam auctor fieri non potest.*

43) Fr. 4. pr. fr. 9. §. 4. 5. fr. 16. pr. (XXVII. 3.)

44) Besorgt der Tutor ein Geschäft, bei dessen Abschluß die Zuziehung des Mündels nicht nöthig ist, ohne daß dieser selbst dabei thätig ist, so handelt er hier nicht als Tutor, da er nicht *auctoritatem interponit*, sondern als *negotiorum gestor*, und begründet demnach dadurch nur eine *actio utilis* für und gegen den Pupillen. fr. 2. 6. 7. D. (XXVII. 9.) — const. 1. 2. 3. 4. Cod. (V. 39.)

lich ist⁴⁵⁾: denn dadurch, daß er bei dem mit ihm selbst einzugehenden Geschäfte *auctoritatem* interponirte, würde er, und zwar nicht bloß Subsidiär-sondern Principal - Mitberechtigter oder Mitverpflichteter des Pupillen⁴⁶⁾, und dadurch zugleich als handelnde Parthei sich mithin selbst als Berechtigter und Verpflichteter gegenüberstehen, welchen Grund auch die Gesetze als die Ursache dieser *unitas* aussprechen. Eben desshalb kann auch der Pupill, der mehrere Tutoren hat, recht gut unter der *auctoritas* des einen mit dem anderen in Obligations-Verhältnisse treten, da hier die obgedachte *confusio* von Berechtigung und Verpflichtung in einer und derselben Person nicht eintritt⁴⁷⁾. Derselbe Grund gilt auch für die Gesetze, welche dem Pupillen während der Tutel kein *judicium* gegen den Tutor gestatten, indem der Pupill im Prozesse nur unter Autorität des Tutors handeln kann, und dieser hier einen Prozeß gegen sich selbst zu führen genöthiget wäre.

3. Der letzte Grund für die Existenz einer Analogie zwischen Tutel und *patria potestas*, nämlich daß nur Männer Tutoren seyn könnten, ist zu seicht, als daß

45) Fr. 9. §. 4. D. (XXVII. 3.) — *nam si solus tutor est, utique secum non aget.* fr. 1. §. 13. ad S.C. Trebell. XXXVI. 1.) — Ein ähnlicher Fall in fr. 1. §. 4. ad S. C. Treb.

46) S. §. 7. not. 5. vergl. mit not. 2. ibid. und den so eben cit. Gesetzen.

47) Fr. 5. pr. D. (XXVI. 8.) — fr. 9. §. 4. D. (XXVII. 3.) — const. 1. C d. (V. 44.) — Darum ist auch ein Geschäft des Mündels mit seinem Curator vollkommen gültig, denn der Curator verpflichtet nicht sich selbst mit, wenn der Mündel ein Geschäft in Person abschließt, sondern er genehmigt nur das vom Mündel gültig geschlossene Geschäft, welche Genehmigung sich faktisch ausspricht, wenn er selbst mit dem Mündel contrahirt. Vergl. v. LÖHR a. a. O. pg. 36. — fr. 1. §. 14. ad S. C. Treb.

er einer Widerlegung bedürfte: denn dieser Umstand allein wird keine grössere Ähnlichkeit des Tutors mit dem *paterfamilias* begründen können, als dieser mit dem *praefectus vigilum* hat, nämlich, daß beide Männer seyn müssen. Warum eine Frau nicht *paterfamilias* seyn könne, braucht keiner grossen Erörterung, da sie eben eine Frau ist: daß sie nicht *tutrices* seyn können, beruht auf dem Ausspruche des Gesetzes⁴⁸⁾, welches ihnen die nöthigen Geistesfähigkeiten abspricht: wie nun daraus, daß *paterfamilias* und *tutor* nur Männer seyn können, eine Analogie für die Rechtsverhältnisse zwischen Tutor und Pupill abgeleitet werden könne, ist nicht einzusehen, und jedenfalls müsste diese Analogie nach dem neuesten römischen Rechte wegfallen, welches die Mutter und Grossmutter zur Tutel zulässt⁴⁹⁾.

Die Annahme einer Analogie der Tutel und *patria potestas* erscheint demnach als ganz ungegründet, und die Tutel ist in ihrem engsten Begriffe nichts, als was bereits im § 7. dargestellt wurde, ein *munus auctoritatem interponendi*.

II. Verhältniss des Vormundes zum Vermögen des Pflegebefohlenen.

§. 10.

Unterschied des *Tutor gerens* und *honorarius*.

Weit häufiger als mit der Sorge für die physische Persönlichkeit des Pupillen ist die Tutel zugleich mit der Sorge für das Vermögen desselben verbunden, ohne daß jedoch dadurch der Character der Tutel im mindesten verändert würde¹⁾. Die Sorge für das Ver-

48) Const. 1. Cod. (V. 35.)

49) Nov. 118. cap. 5.

1) ROSSHIRT Grundlinien d. röm. R. §. 36.

mögen war sogar ein Hauptgrund der Entstehung dieses Institutes mit, indem zu der Zeit, wo das römische Volk bloß eine Verbindung einzelner Geschlechter war, den Familien, besonders auch nach der Einführung des Census, viel daran gelegen seyn mußte, das Vermögen, welches einmal in eine Familie gekommen war, auch darin zu erhalten, und so ihren Einfluß und ihr Ansehen zu sichern²⁾. Die ganze Einrichtung war anfangs weit mehr auf den Vortheil des Vormundes als des Mündels berechnet³⁾; denn es sollte ihm dadurch die Gelegenheit verschafft werden, durch eigene Verwaltung des Vermögens seines unmündigen Agnaten bis zur Pubertät, wo dieser erst *testamenti factio* und damit die Möglichkeit, ihm seine Erbschaft zu entziehen, erhielt⁴⁾, und durch die Gebundenheit an seine Zustimmung, wenn der Pupill eine Veräußerung oder Belastung seines Vermögens vornehmen wollte, einer Versplitterung desselben vorzubeugen⁵⁾, wesshalb auch die Tutel als *jus* betrachtet wurde. Als späterhin die *tutela dativa* entstand, erhielt der von der Obrigkeit bestellte Tutor in der Regel die Besorgung der Vermögens-Angelegenheiten mit; desshalb ist aber die Verwaltung des Vermögens kein nothwendiges Merkmal der Tutel, sondern

2) v. LÖHR a. a. O. pg. 11.

3) Ebendasselbst. S. 5. u. f.

4) Diese Möglichkeit war den Frauen, so lange die Geschlechtstutel bestand, auf indirectem Wege entzogen, indem sie den *tutor sexus* lebenslänglich behielten, der durch Verweigerung seiner Zustimmung zu einer Testaments-Errichtung sich immer die Erbschaft *ab intestato* offen erhalten konnte. Vergl. v. LÖHR von der Tutel über Weiber in seinem Magazin III. Bd. 4. Hft. Nr. 12. —

5) Fr. 1. pr. D. de legitimis tutoribus. „*Legitimae tutelae lege XII. tabularum agnatis delatae sunt — hoc summa providentia: ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur.*“

nur im Zweifel, wenn nicht ein besonderer Curator des Vermögens ernannt ist, spricht die Vermuthung für die mit dem Amte des Tutors stillschweigend verbundene Vermögens - Verwaltung⁶⁾, weil der Tutor an sich schon für die ganze bürgerliche Persönlichkeit des Mündels, welche doch in Beziehung auf das Vermögen am häufigsten zur Sprache kommt, bestellt ist, an welcher Administration dem Tutor selbst unter den Verhältnissen, unter welchen das Institut zuerst sich bildete, sehr viel gelegen seyn musste, und weil die Administration des Vermögens doch nicht von dem Pupillen selbst besorgt werden kann. So wenig es also im Begriffe der Tutel etwas ändert, ob dem Tutor die Vermögens - Verwaltung mit übertragen ist, oder nicht, so gründet sich doch auf eben diese Beziehungen, in welchen die Tutoren zu dem Vermögen des Pupillen stehen, in den Gesetzen ein Unterschied unter denselben.

Man unterschied in diesem Betrachte *tutores gerentes*, welche mit der Verwaltung des Vermögens beauftragt wären, *honorarios*, welche bloß die Ober-Aufsicht über den *tutor gerens* hätten, und *notitiae causa datos*, an deren Rath die *gerentes* gebunden seyen⁷⁾, während Andere⁸⁾ die Letzteren den *honorariis* beizählen.

Die obige Definition des *tutor gerens* ist aber offenbar zu eng, denn man könnte nach ihr unter den Begriff eines *tutor gerens* nicht wohl auch den Tutor subsumiren, welcher seinem *contutor* die Verwaltung des Vermögens überließ, sich selbst aber ganz und gar nicht in die Administration mischte:

6) Fr. 11. D. (XXVI. 5.) — fr. 1. pr. §. 1. D. (XXVI. 7.) — const. 1. Cod. (V. 36.)

7) v. WENING a. a. O. §. 112. — MÜHLENBRUCH, Doctr. Pand. I. c. §. 333. — SEUFFERT a. a. O. §. 508. in fin. — GLÜCK 29. Bd. §. 1304. pg. 173 u. f.

8) THIBAUT, a. a. O. §. 499.

da ihn jedoch die Gesetze ⁹⁾ ausdrücklich als *gerens* bezeichnen, so brachte man ihn gleichsam als eine Ausnahme unter jene Definition.

Richtiger möchte die Definition von *tutor gerens* und *honorarius* sich so gestalten: *gerens* ist jeder Tutor, welcher wegen aller aus der Vermögens-Verwaltung entsprungenen Ansprüche dergestalt haftet, daß die *actio tutelae* unmittelbar gegen ihn angestellt werden kann: *honorarius* aber ist derjenige, gegen welchen die *actio tutelae* nur in *subsidium* statt findet ¹⁰⁾).

Nun erklärt es sich, warum der Tutor, welcher die Administration seinem *contutor* überliefs, ohne sich selbst einzumischen, doch als *gerens* betrachtet wird.

Denn sind mehrere Tutoren bestellt, so haben sie alle gleiches Recht zur Administration, und wenn nicht dieselbe durch den Magistratus ¹¹⁾, oder Testament des Vaters ¹²⁾, oder Übereinkunft der gerufenen Tutoren vor Gericht ¹³⁾ einem von ihnen besonders zugesprochen, (*decreta*) und damit den übrigen nicht aufgetragen (*non concessa*—keineswegs aber: *interdicta*) wird, wodurch diese von selbst als *honorarii* eintreten ¹⁴⁾, d. h. als solche, die nur in *subsidium* nach dem vom Magistratus etc. erwählten haften—so sind

9) Fr. 5. §. 3. D. (XXVI. 7.) — const. 1. 2. Cod. *si tutor vel curator non gess.* (V. 55.)

10) Fr. 3. §. 2. D. (XXVI. 7.) „*Nec quisquam putet, ad hos (honorarios) periculum nullum redundare. Constat enim, hos quoque, excussis prius facultatibus ejus, qui gesserit, conveniri oportere.*“

11) Fr. 3. §. 7. D. (XXVI. 7.)

12) Fr. 3. §. 1. D. *de administr. et peric. tut.*

13) Fr. 3. §. 7. D. *cit.*

14) Fr. 3. §. 2. D. *eod.* Ueber das Verhältniß der mehreren Tutoren, wenn die Tutel unter sie getheilt wird, s. unten §. 14.

sie alle *tutores gerentes*¹⁵⁾, d. h. solche, die unmittelbar mit der *actio tutelae* belangt werden können. Diese unmittelbare Haftung tritt sogleich ein *ex eo, quo (quis) scit, se tutor esse*¹⁶⁾; daher können sie sich derselben nicht nach Belieben aus eigener Macht entschlagen, indem sie durch Privat-Übereinkunft die Administratio einem *contutor* überlassen¹⁷⁾, und selbst nicht geriren; denn dieser *contutor*, obwohl für seine Person schon unmittelbar haftend, ist in Bezug auf die Übrigen doch nur ihr Mandatar¹⁸⁾, wesshalb sie als Mandanten mit der *actio tutelae* gerade so gut unmittelbar belangt werden können, als wenn sie einem Dritten, (Nicht-*contutor*) die Verwaltung des Vormundschafts-Vermögens mandirt gehabt hätten¹⁹⁾.

§. 11.

Von dem tutor notitiae causa datus.

Es fragt sich jetzt nur noch, wohin der *tutor notitiae causa datus* zu rechnen sey? Man erkläre ihn entweder als eine besondere Art Tutor, oder rechne ihn zu den *honorariis*¹⁾. Nach der so eben gegebenen Definition aber muß man ihn nothwendig als *gerens*²⁾ behandeln. Die erste Meinung, er sey eine eigene Art Tutor, hat zwar fr. 14. §. 1. D. *de*

15) Fr. 3. §. 8. D. (XXVI. 7.) — const. 2. pr. Cod. (V. 52.) — const. 12. Cod. (V. 55.)

16) Fr. 1. §. 1. fr. 5. §. 10. D. (XXVI. 7.)

17) Fr. 55. §. 2. D. *de administ. et peric. tut.* — const. 3. Cod. (V. 52.)

18) Fr. 55. pr. D. *de administ. et peric. tut.*

19) Fr. 5. §. 3. D. cod. „*videtur enim gessisse, qui per alium gessit*“.

1) S. ob. §. 10. not. 7. 8.

2) Fr. 32. §. 1. D. *de testam. tutela.*

solutionibus für sich, wo ULPIAN ihn als besondere Species aufführt ³⁾: allein es ist dieser Unterschied weiter nichts anderes, als ein Unterschied im Namen, welcher von der ihm obliegenden besonderen Art der Administration genommen ist, so wie auch der in fr. 26. §. 1. D. *de testam. tut.* erwähnte (von GLÜCK 29. Bd. S. 177. als *tutor gerens superior* bezeichnete) Tutor, der von den übrigen Contutoren sich Rechnung ablegen läßt, auch nichts anderes als ein *tutor gerens* ist. So wie die Administration dieses *superior* eigentlich erst nach der Administration der übrigen thätig wird, so tritt die Administration des *notitiae causa datus* vor der Thätigkeit der übrigen Contutoren ein — fr. 14. §. 6. *de solutionibus: quia ad instruendos contutores datur.*

Dieses sein Instruiren ist wirklicher Theil der Administration; denn er kann die Contutoren, die, ohne ihn befragt zu haben, ein wichtiges Geschäft vornehmen, als suspekt postuliren ⁴⁾: seine Erklärung ist also die Bedingung der Möglichkeit zu handeln für die Übrigen ⁵⁾, während die *tutores honorarii*, weit entfernt, den *gerentibus* Vorschriften ihrer Handlungsweise vorlegen zu dürfen, kein anderes Recht haben, als sie bei der Obrigkeit anzugeben, wenn ihnen die Administration derselben verdächtig erscheint ⁶⁾. Ferner gibt fr. 1. Cod. *de peric. tut. et curat.* ihren Wirkungskreis ganz deutlich als Administration an, und sagt nur: sie dürften die Administration *interdum* — bisweilen — (in der Regel also

3) Dagegen unterscheidet fr. 3. D. *de adm. et per tut.* wo doch Ulpian *ex professo* von der Eintheilung der Tutoren spricht, nur *gerentes* und *honorarios*.

4) Fr. 1. in fin. Cod. (V. 38.)

5) So spricht const. 1. Cod. cit. von „*debito obsequio*“ derselben.

6) Fr. 3. §. 2. D. (XXVI. 7.)

steht sie ihnen zu) nicht allein führen *propter tenuitatem patrimonii*, was sich daraus erklärt, daß die Römer grösstentheils den Sklaven, der bisher die Hausrechnungen und Geschäfte geführt hatte, frei liessen und als Tutor bestellten, weil er die Verhältnisse des Pupillen am besten kannte⁷⁾; da er aber natürlicher Weise kein bedeutendes Vermögen haben konnte, wodurch der Pupill im Falle des Regresses gedeckt gewesen wäre, so liess man ihm die Kapitalien nicht in der Hand, obgleich er nichts desto weniger bei der Verwaltung des Vermögens mitsprach: ja untersuchen wir das Verhältniss genauer, mit Berücksichtigung des gegen den *notitiae causa datus* wegen Geringfügigkeit seines Vermögens präsumirten Verdachtes, so ergibt es sich, daß er nicht sowohl bestellt ist, um den administirenden Tutoren bloss guten Rath zu geben, ohne sich selbst mit der Administration zu befassen; sondern er soll eigentlich administriren, die übrigen Tutoren aber ihn wohl bewachen; denn *instruere* heisst nicht guten Rath ertheilen, sondern einem sagen, was zu thun seine Schuldigkeit und Pflicht ist. Nur in der Hand soll er das Geld nicht haben; dieses sollen die vermögenderen Contutoren bewahren. Aus dieser Ansicht entsprang der Zweifels-Grund⁸⁾, den ULPIAN in fr. 14. §. 6. *de solutionibus* in ganz besondere Untersuchung zieht: ob man auch dem *notitiae causa datus* zahlen dürfe? Er entscheidet mit ja — weil er doch auch ein Tutor sey, ausser es müsse ihm besonders verboten — *prohibitum* — seyn, Zahlungen anzunehmen. Es ist demnach kein Zweifel, daß der Tutor not. c. dat. wirklich gerirt; denn indem er den Übrigen angibt, was zu thun ist, sind sie nichts,

7) Fr. 1. §. 6. D. (XXVII. 3.) — Vergl. GLÜCK 29. Bd. S. 194.

8) GLÜCK Comment. 29. Bd. S. 192.

als seine Organe. Am deutlichsten ergibt es sich aus der Art seiner Haftung⁹⁾, daß er den gerirenden Tutoren beigezählt werden muß. Er haftet nämlich nicht bloß in *subsidium*, wie der *honorarius*, sondern auch unmittelbar, wenn es der Pupill für vortheilhafter finden würde, ihn zuerst auszuklagen. Darin, daß fr. 32. §. 1. D. de test. tut. sagt, er hafte *administrationis et accessionis jure*, liegt keine Eigenheit seiner Haftung, die eine besondere Unterscheidung begründen könnte, sondern dieses ist eben die Art, wie jeder Tutor haftet¹⁰⁾, wenn mehrere gerirende Contutoren vorhanden sind, nämlich man kann ihn gleich zuerst, oder wenn man von dem zuerst belangten nicht voll befriediget worden, *in subsidium* belangen. Es passt daher auch der oben aufgestellte Begriff von Tutor *gerens* auf den *notitiae causa datus*, und nichts steht seiner Annahme als solchem entgegen.

§. 12.

Über das Recht des tutor honorarius, auctoritatem zu interponiren.

Durch die Nachweisung in § 7, daß das Wesen der Tutel nur in der *interpositio auctoritatis* besteht, daß die Vermögens-Verwaltung des Tutors nur eine zufällige Erweiterung seines Wirkungskreises ist, und er sich in Betreff dieser durch nichts vom Curator unterscheidet, sollte man glauben, wäre die Frage zur Genüge beantwortet, ob ein Tutor *honorarius*

9) Vergl. Glück Comment. 29. Bd. S. 193.

10) Const. 3. Cod. (V. 42.) — Dieser hat ja eben so gut auch die Verpflichtung, einen gerirenden Contutor suspect zu machen, fr. 14. D. (XXVI. 7.) — fr. 3. pr. D. (XXVI. 10.) — const. 8. Cod. (V. 43.) ja selbst wenn dieser eine ganz separirte Tutel desselben Pupillen administiren sollte. const. 2. Cod. (V. 52.)

auctoritatem interponiren könne, oder nicht: eine Frage, die mit anderen Worten wohl nichts Anderes heisst, als: ist ein *tutor honorarius* auch ein Tutor?

So augenscheinlich diese Frage mit ja — beantwortet werden muß, so hat man doch bisher immer Zweifel dagegen erhoben, indem man in fr. 4 D. de auct. et consensu tut. die Verneinung in fr. 14 de solutionibus und fr. 49 D. de A. vel O. hered. die Bejahung gefunden haben wollte, so daß FRANZ DUARENUS, dessen Meinung auch GLÜCK¹⁾ den Vorzug zu ertheilen scheint, die Stellen für unvereinbar erklärte. Aber das fr. 4 D. cit. sagt kein Wort davon, daß ein *tutor honorarius auctoritatem* nicht interponiren dürfe, und fr. 14 de solutionibus gehört eigentlich gar nicht hieher. Die 3 cit. frgg. lauten:

Fr. 4 D. cit. „*Etsi pluribus datis tutoribus, unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet: et ideo puto verius esse, quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emanet a pupillo, sciens alium ejus tutelam gerere, dominum me non posse fieri.*“

Fr. 14. §. 1. de solutionibus. „*Dico igitur, cuiunque ex tutoribus fuerat solutum, etsi honorarius: nam et ad hos periculum pertinet, recte solvi, nisi interdicta eis fuerit a Praetore administratio; nam si interdicta est, non recte solvitur.*“

Fr. 49. de A. vel O. hered. „*Pupillum etiam eo tutore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait.*“ (sc. JULIANUS.)

Die Ansichten der Rechtsgelehrten über diese frgg. lassen sich auf folgende zurückführen:

1) Comment. 29. Bd. S. 188.

1) Der *tutor honorarius* dürfe sich nicht in die Administration mischen, nur Zahlungen anzunehmen sey ihm gestattet, auch dürfe er durchaus nicht *auctoritatem interponiren*, und fr. 49 cit. sey nur von dem Tutor zu verstehen, der geriren könnte und sollte, aber nicht wirklich gerirt²⁾.

2) Der *tutor honorarius* dürfe nicht administriren, blos Zahlungen anzunehmen sey ihm erlaubt, er dürfe auch nicht *auctoritatem* interponiren, ausser bei einer Erbschafts-Antretung³⁾.

3) Andere nehmen an, fr. 4 cit. spreche nur von einem Vormunde, dem die Administration speciell untersagt ist, und interpretiren die Worte „*cui administratio tutelae concessa non est*“, als synonym mit: *cui interdicta est*⁴⁾.“

4) Die Distinction des Cujaz⁵⁾, daß der *tutor honorarius* nicht administriren, daher auch nicht *auctoritatem* interponiren könne, wenn das Geschäft, welches die Dazwischenkunft der *auctoritas* des Tutors erfordert, als Administration des Vermögens betrachtet werden müsse, sondern hier nur der Tutor *gerens* durch sein Vollwort das Geschäft gültig machen könne, daß aber in allen Fällen, wo von keiner Administration die Rede sey, wie im Falle des fr. 49 cit. auch der *honorarius auctoritatem* interponiren dürfe, hat in Glücks Commentar 29 Bd. S. 187 u. f. ihre Widerlegung gefunden.

2) MÜHLENBRUCH Doctrin. Pand. §. 333. — SEUFFERT a. a. O. §. 508.

3) v. WENING INGENHEIM a. a. O. §. 129. a. E.

4) Diesen Vereinigungs-Versuch erklärt Glück 29. Bd. S. 185 u. f. für den gelungensten, wo auch die ältere Literatur für diese Controverse abgedruckt ist.

5) Ad Africanum tract. 4. ad l. 49. D. de A. vel O. heredit. (oper. prior. a Fabroto editor. Tom. I. pg. 1355.)

Was nun die erste Ansicht betrifft, so bedarf sie keiner weiteren Widerlegung, weil sie in der Person des *tutor honorarius* alle Momente des Tutors vernichtet, welcher er doch nach dem deutlichen Ausspruche der Gesetze ist. Da der Character der römischen Tutel bloß in der *auctoritatis interpositio* besteht, so wäre es unerklärlich, wie die Römer dem *honorarius* den Namen Tutor hätten beilegen können, wenn er nicht das Recht der Ergänzung der bürgerlichen Persönlichkeit des Pupillen gehabt hätte.

Zur Würdigung der übrigen Ansichten wird es vorerst nothwendig, die angeführten Gesetzstellen selbst näher zu betrachten. Alle Ansichten gehen von einer irrigen Übersetzung des fr. 4. cit. aus. Man hat immer das Wort *auctoretur* als gleichbedeutend mit *auctor fieri*, *auctoritatem interponere* genommen, und kam so zu der Behauptung, das frg. sage allgemein: „Der Tutor, welcher nicht gerire, könne auch nicht *auctoritatem* interponiren.“ Die Stammverwandtschaft des Wortes *auctorari* mit *auctor* und *auctoritas*, und seine Stellung an einem Orte, wo so viel von *auctor esse* und *auctoritas* (als Vollwort) gesprochen wird, hatte die älteren Rechtsgelehrten verleitet, in das Wort *auctorari* die gedachte Bedeutung hineinzutragen: aber der römischen Sprache ist sie ganz fremd. *Auctoro* und *auctoror* (als Dep.) heisst nichts, als verkaufen: so QUINTIL. in argum. declamat. 302. „*Quidam, ut patrem sepeliret, auctoravit se*“ — eben so TERTULLIAN ad Nat. c. 18. Überhaupt bedeutet es sich etwas verschaffen, durch Geld; sich etwas zuziehen durch eine That — verschulden: so VELLEJUS L. 2. cap. 30. *mortem sibi auctoravit*. Eben so kommt das Deponens *auctorari* auch nur in der Bedeutung von verkaufen vor: z. B. APULEJ. L. 9. metam: *Mulier execrando metallo pudicitiam suam protinus auctorata est*. Was berechtigt uns nun, dem Worte *auctorari* in der angeführten Gesetzstelle einen vom römischen Sprachgebrauche abweichenden Sinn

unterzulegen? Denn es existiren in der ganzen römischen Literatur nur zwei Stellen, in welchen man das *auctorari* mit *auctoritatem interponere* synonym gefunden zu haben glaubte⁶⁾: die eine ist eben unser fr. 4 D. (XXVI. 8.) und die andere ist fr. 9 pr. D. (XXVII. 6.) — Aber in beiden Stellen lässt sich das *auctorari* recht gut mit veräussern übersetzen⁷⁾: und man muß daher auch diese Übersetzung annehmen, da ausser diesen Stellen kein Beispiel für die andere Bedeutung existirt, und durch die Annahme der gemeinen Bedeutung die bisher scheinbar bestandenen Widersprüche von selbst wegfallen^{7a)}.

Die Übersetzung des fr. 4 eit. wird demnach so lauten müssen: „Obgleich das Vollwort eines Tutors „hinreichend ist, wenn mehrere Tutoren gegeben sind, „so darf es doch der Praetor nicht genehm halten, „wenn der Tutor eine Veräusserung vornimmt, „dem die Administration der Tutel nicht gestattet ist“ etc. Durch diese Übersetzung gestaltet sich die ganze Sache anders: die Controverse ist verschwunden: das frg. verbietet jetzt dem *tutor honorarius* ganz und gar nicht mehr die *auctoritatis interpositio*, sondern nur das Vornehmen von Veräusserungen, die reine Akte der Administration sind, wobei ja oft gar keine *auctoritatis interpositio* vorkommt, wenn nämlich der Vormund veräussert, ohne den Pupillen mithandeln zu lassen. Der in der zweiten Hälfte des fraglichen Fragmentes erwähnte Fall des ungültigen Kaufes vom nicht gerirenden Tutor ist nicht mehr ein singuläres Beispiel zur Erläuterung des Vordersatzes,

6) FACCIOLATI, voc. auctoro.

7) Für l. 9. pr. cit. ergibt es sich besonders aus der Vergleichung mit der vorhergehenden l. 7. u. l. 8. cod.

7a) Fr. 19. D. *de legibus*. (l. 3.) *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret: praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.*

sondern nur die Darstellung seiner nothwendigen Folgen.

Vergleicht man nun die oben angeführten Vereinigungs-Versuche mit dieser Übersetzung, so möchte sich folgendes Resultat ergeben:

1) Der *tutor honorarius* wird durch dieses frg. von dem Rechte, *auctoritatem* zu interponiren, nicht ausgeschlossen; denn der Eingang des frg. *Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat* — macht gar keinen Unterschied zwischen gerirenden Tutoren und *honorariis*, sondern spricht ganz allgemein jedem Tutor das Recht zur Einlegung des Vollwortes zu: ja wir müssen sogar den Fall, daß unter den *pluribus tutoribus* die *honorarii* mit begriffen sind, als den wahrscheinlicheren annehmen, da es ja Pflicht des Praetors war, im Falle der Ernennung mehrerer Tutoren diese zu bewegen, einem einzigen die Administration zu übertragen⁸⁾, und neben diesem alsdann als *honorarii* fortzubestehen, welcher Fall auch wohl der häufigste seyn mochte, da Administrationen führen ohnehin nicht Jedermanns Sache ist. Ganz unbezweifelt ergibt sich dieß aber aus der Untercheidung, welche mit der Partikel *tamen* nachfolgt. Durch diese Partikel werden aus der Zahl der *plurium tutorum*, welche sämtlich *auctoritatem* interponiren dürfen, diejenigen ausgeschieden, welche Veräußerungen vornehmen dürfen: diese Veräußerungsbefugniß konnte den *honorarius* recht gut entzogen seyn, ohne ihrem Rechte *auctoritatem* zu interponiren zu schaden⁹⁾, denn eine Veräußerung ist nicht

8) Fr. 5. §. 2. D. *de legitimis autorib.* — fr. 3. §. 1. 2. 6. 7. D. (XXVI. 7.)

9) Ein ähnlicher Fall tritt ein, wenn der *tutor gerens* als suspekt postulirt wird: es wird hier die Vermögensverwaltung einem Curator übertragen, er bleibt aber nichts desto weniger *tutor* und kann daher fortwährend *auctoritatem* interponiren. fr. 9. §. 5. D. (XXVII. 3.)

nothwendig ein Act der *auctoritatis interpositio*, sondern nur der *administratio*, die jeder Curator auch vorzunehmen befugt ist, in so ferne die Gesetze dem Vormunde überhaupt Veräußerungen gestatten ¹⁰): ja sie musste ihnen sogar entzogen seyn, wenn das Verhältniss des *tutor honorarius* zum *gerens* nicht umgestossen werden sollte. Der *gerens* haftet nämlich unmittelbar aus der Administration, und müsste dann für das Factum fremder Willkühr haften: oder wollte man den *honorarius* unmittelbar wegen dieser Veräußerung haften lassen, so wäre er nicht mehr *honorarius*, sondern *gerens*. Zur Erläuterung mag noch Folgendes dienen: Der Tutor, welcher die Tutel gerirt, ist *domini loco*, aber nicht, weil er Tutor, sondern weil ihm die Administration des Vermögens übertragen ist ¹¹). Da ihn die Gesetze an die Stelle des Eigenthümers gesetzt haben, so kann auch nur er das *dominium* übertragen, d. h. veräußern, und dieß ist der Inhalt des Nachsatzes des fr. 4. cit. — Dafs dieser Vermögens-Verwalter ein Tutor sey, ist gar nicht erforderlich: es kann ein besonderer Curator das Vermögen verwalten ¹²); ist dem Pupillen nebst diesem noch ein Tutor zur Ergänzung seiner bürgerlichen Persönlichkeit beigegeben, so hat dieser, obgleich er der einzige Tutor ist, doch nicht das Recht zu veräußern, überhaupt nicht zu administriren: denn der Tutor, *qua tutor*, wird nur da thätig, wo es sich um Ergänzung des Willens des Pupillen handelt, welcher aber bei Veräußerungen weder selbst zu handeln, noch darum gefragt zu werden braucht.

— const. 7. Cod. (V. 43.) — Tutor zu seyn hört er erst dann auf, wenn er als *suspekt removirt* ist. GAJUS I. §. 182.

10) THIBAUT l. c. §. 521.

11) Fr. 27. D. (XXVI. 7.) — fr. 56. §. 4. D. *de furtis*. (XLVII. 2.) — fr. 157. pr. D. *de R. J.*

12) Fr. 19. D. (XXVI. 8.)

Dieser Tutor nun, obgleich, wie gesagt, der einzige, den der Pupill hat, ist nur ein *honorarius*: denn er administrirt nicht, weil ein Curator dafür bestellt ist, haftet also nur in *subsidium*, wenn er diesen nicht suspect macht¹³⁾: und an ihm ist der Sinn des frg. 4 cit. ganz deutlich einzusehen: nämlich, er kann und muß im vorkommenden Falle *auctoritatem* interponiren; veräußern aber kann er nicht, da er nicht *domini loco* ist. Veräußert aber der Pupill selbst, und dieser Tutor (dem die Administrations-Befugniß mangelt) interponirt dabei seine *auctoritas*, so ist diese Veräußerung doch ungültig, wie bereits v. LÖHR¹⁴⁾ bemerkt hat: denn der Pupill mit dem Vollworte eines nicht gerirenden Tutors steht in der Dispositionsbefugniß über sein Vermögen auf gleicher Linie mit dem *minor*, der einen Curator hat, und ohne dessen Genehmigung ein Geschäft eingehen wollte, wo dann immer noch, um es für den Pupillen verbindlich zu machen, der Consens des Curators oder gerirenden Tutors erforderlich ist¹⁵⁾. Aus den bisherigen Betrachtungen mag sich zur Genüge ergeben, daß der angebliche Widerstreit des fr. 4 u. fr. 49 cit. nie existirte, daß vielmehr dem *tutor honorarius* unbedingt das Recht der *interpositio auctoritatis* zukommt.

2) Man hat daher nicht nöthig, das *cui administratio tutelae concessa non est in cui interdicta est* umzuändern; denn *non concessa* — nicht übertragen — heisst die Administration im Gegensatze der *decreta*¹⁶⁾: der Tutor, dem die Administration *non concessa* = *non decreta* ist, kann kein anderer seyn,

13) Der Tutor steht zu diesem Curator gerade in demselben Verhältnisse, wie zu einem Contutor. §. 5. J. *de curatoribus*. (I. 23.) — const. 1. Cod. (V. 60.)

14) v. LÖHR a. a. O. S. 30. 31.

15) Vergl. oben §. 8.

16) Fr. 3. §. 7. D. (XXVI. 7.) — fr. 6. D. (XXVI. 8.)

als der *honorarius*¹⁷⁾, und so dienet diese Stelle zur Unterstützung der eben aufgestellten Behauptung, daß unter den *pluribus tutoribus* auch die *honorarii* mitbegriffen seyen, indem sich diese Bezeichnung augenscheinlich auf einen unter den *pluribus* mitbegriffenen Tutor bezieht. Erklärte man aber das *non concessa* gleichbedeutend mit *interdicta*, so könnte sich dieß Wort eben so gut auf einen *tutor gerens* beziehen, der suspekt gemacht worden war, wie auf einen *honorarius*: daß ein solcher nicht veräußern durfte, weil ihm überhaupt die Administration verboten war, bedarf keiner Erörterung. Aber der Widerspruch und die Verwirrung ward bei der bisherigen Übersetzung des *auctorari* mit „Vollwort einlegen“ nur noch grösser, da doch dadurch, daß einem Tutor die *administratio tutelae* untersagt ist, ihm keinesweges auch das Recht und die Pflicht zur *auctoritatis interpositio* zugleich mit entzogen wird¹⁸⁾. Auch würde kein römischer Jurist den Ausdruck *non concessa* zu brauchen gewagt haben, um ein Verhältniß zu bezeichnen, welches nur aus einer feierlich ausgesprochenen Formel — *interdictum* — des Prätors hätte hervorgehen können, abgesehen davon, daß *non concessa* ein von Anfang an Nicht-Haben, *interdicta* aber den Verlust der gehabten *administratio* bezeichnen würde.

3) Aus dem fr. 14. *de solutionibus* ist für das Recht des *tutor honorarius*, *auctoritatem* zu interponiren, nichts abzuleiten; denn Zahlungen annehmen, ist nur ein Ausfluß der Administration des Vermögens, nicht aber der Ergänzung der Persönlichkeit. Wohl aber ist es wichtig für die Frage, in wiefern dem *tutor honorarius* Einmischung in die Administration zustehe? Daß der *honorarius* keine Geschäfte

17) Arg. fr. 3. §. 1. 2. 7. D. (XXVI. 7.) — fr. 6. D. cit.

18) v. LÖHR a. a. O. S. 31. — fr. 9. §. 5. D. (XXVII. 3.)
 „quia tutor manet.“ — const. 7. Cod. (V. 43.)

des Mündels selbst zu besorgen braucht, weil die *administratio* ihm nicht *decreta* ist, sondern sich sein ganzes Verhältniß zur Vermögens - Verwaltung auf Abnahme der Rechnung und Suspectpostulirung des verdächtigen *gerens* beschränkt, unterliegt keinem Zweifel¹⁹⁾. Aber eben so gewiß kann er Geschäfte für den Mündel eingehen, wie ein jeder Bürger *negotiorum gestor* des Andern werden kann, wenn ihm gleich die Verwaltung des Vermögens des Andern nicht zusteht — *non decreta* — *non concessa est* — wenn ihn nur nicht ein absolutes Verbot — *interdictum* — von der Geschäfts - Besorgung für den Andern ausschliesst. Um so mehr muß er befugt seyn, Zahlungen für den Pupillen anzunehmen, da das *periculum tutelae* gleichfalls auf ihm lastet²⁰⁾, weil er auch Tutor, und als solcher zwar nicht verbunden, jedoch nicht gehindert ist, Geschäfte für den Pupillen zu besorgen. Hiermit erlediget sich der ganze Streit über das Verhältniß des *tutor honorarius* zum Pupillen: er hat das Recht, *auctoritatem* zu interponiren, wie der *gerens*; in Betreff der Administration aber ist er blos *negotiorum gestor*, wenn er sich einmischt.

III. Unterschied in der Person des Tutors und Curators.

§. 13.

Die noch zu erwähnenden kleineren Verschiedenheiten, welche sich in den Gesetzen in Bezug auf Tutoren und Curatoren finden, sind nicht mehr von der Art, daß sie einen charakteristischen Unterschied derselben zu begründen vermöchten; es wird daher eine kurze Aufzählung derselben genügen.

19) Fr. 3. §. 2. D. (XXVI. 7.)

20) Fr. 3. §. 2. D. (XXVI. 7.)

21) Fr. 14. §. 1. D. *de solutionibus*.

Tutoren und Curatoren können nur Männer seyn ¹⁾: indessen lassen die Gesetze die Mutter und Grossmutter zur Tutel ihrer Descendenten zu ²⁾. Von der *cura minorum* sind die Weiber gänzlich ausgeschlossen ³⁾, nicht aber von der *cura personalis impuberum* ⁴⁾, welche jederzeit Frauenspersonen, selbst über Knaben in der ersten Jugend, übertragen werden soll. ⁵⁾

Ferner hat derjenige, welcher zur Übernahme einer Cura gerufen wird, einen besonderen Excusations-Grund: hat er nämlich die Tutel über den *impubes* geführt, so ist er (mit Ausnahme des *libertus* ⁶⁾) nicht verbunden, die Cura des *minor* zu übernehmen ⁷⁾. Überdies ist der Ehemann ⁸⁾ und Bräutigam ⁹⁾ von der Cura über die Frau und die Braut ganz ausgeschlossen.

Von dem Curator werden ausserdem die zur Verwaltung des Vermögens im gegebenen Falle nothwendigen Eigenschaften und Kenntnisse erfordert, die der Tutor nicht zu besitzen braucht, indem diesen der Mangel derselben nur hindert, *gerens* zu seyn, wesshalb in einem solchen Falle durch die Beiordnung eines sachkundigen Curators nachgeholfen wird ¹⁰⁾.

1) Fr. 18. D. (XXVI. 1.) — const. 1. Cod. (V. 35.)

2) Nov. 118. cap. 5.

3) Fr. 21. pr. D. (XXVI. 5.)

4) S. oben §. 5.

5) Fr. 3. §. 6. *de lib. exhib.* (XLIII. 30.)

6) Const. 5. Cod. *de excus. tut.*

7) §. 18. J. (I. 25.) — const. 20. Cod. (V. 62.)

8) Fr. 14. D. *de curat. furioso et aliis.* — const. 2. Cod. (V. 34.)

9) Fr. 1. §. ult. *de excusat.*

10) §. 5. J. *de curatoribus.* (I. 23.)

Fortsetzung.

Einen weiteren Unterschied finden wir in den Gesetzen, welche sagen, der Tutor könne nicht für einzelne Geschäfte oder Sachen bestellt werden, wohl aber der Curator¹⁾. Eine Ausnahme von diesem Satze scheinen fr. 15. D. *de testam. tut.* und fr. 21. §. 2. und 4. D. *de excusation.* zu enthalten: man muß aber die Sache so auffassen: der Tutor als solcher ist zur Ergänzung der bürgerlichen Persönlichkeit des Pupillen, nicht aber zur Geschäftsführung bestellt²⁾. Allein die Person des Pupillen als Subjekt von Vermögensrechten kann einen sehr verschiedenen Umfang haben; der Pupill kann als Inhaber mehrerer von einander unabhängiger Vermögenscomplexe als eine Mehrzahl von einander ganz getrennter Personen betrachtet werden: hat er nun in einer solchen Rücksicht bereits einen Tutor, so kann er in dieser keinen mehr erhalten; wohl aber, in so ferne er aus einem anderen Verhältnisse wieder als besondere Person zu betrachten ist. Bekommt er in dieser Beziehung auch einen Tutor, so hat jeder eine von der des Anderen ganz unabhängige Tutel, und haftet auch nur für die ihm übertragene³⁾. In Bezug auf die Verwaltung der übrigen Tutoren ist er *honorarius*, und haftet hinsichtlich derselben nur als solcher⁴⁾. Auf diese Weise ist fr. 21 §. 4 de excus. aufzufassen, wo gesagt wird: *habenti ergo tutorem tutor non datur*,

1) Fr. 12. D. (XXVI. 2.) *Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus.* — fr. 14. D. *ibid.* *Quia personae, non rei vel causae datur.*

2) S. oben §. 4. Nr. 1.

3) Fr. 3. §. 9. fr. 4. D. (XXVI. 7.) — const. 2. Cod. (V. 38.) — const. 2. Cod. (V. 40.)

4) Const. 2. Cod. (V. 52.)

sed aliarum rerum, non earundem datur. Ein Beispiel enthält der vorausgehende §. 2 *ibid.*⁵⁾. Der Pupill erscheint hier in Betreff des Vermögens, welches ausserhalb der im cit. frag. bestimmten Gränze gelegen ist, als eine ganz verschiedene Person, und eben diese Ansicht liegt auch dem fr. 15 D. de test. tut. zu Grunde: *Si tamen tutor detur rei Africanæ vel rei Syriaticæ, utilis datio esto.* Die angeführten frgg. begründen demnach keine Ausnahme von der Regel, daß der Tutor zur Ergänzung der gesamten bürgerlichen Persönlichkeit des Pupillen bestellt werde, wobei es aber ganz gleichgültig ist, ob sein Amt durch die Vornahme einer einzigen Handlung sich erschöpfe⁶⁾ oder nicht.

Was die Haftung anbelangt, so stehen Tutor und Curator ganz gleich⁷⁾: der *tutor honorarius* haftet aber, wo gegen ihn die *actio negotiorum gestorum* nicht begründet ist, blos in *subsidium*⁸⁾, indem nur aus der Administration die gegen den Tutor zuständigen Klagen entspringen⁹⁾, wesshalb der *tutor sexus* mit denselben gar nicht belangt werden kann, da er nichts zu administriren hat, und auch nicht einmal als *honorarius* anzusehen ist, weil die Frau ihr Vermögen selbst verwaltet, und in diesem Falle kein gerinder *contutor* oder *curator* vorkommt, für welchen er zur Haftung in *subsidium* gehalten seyn könnte¹⁰⁾.

5) Fr. 21. §. 2. *ibid.* *Licet datus tutor ad universum patrimonium datus sit, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat, nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit, et ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia praesides ejus.*

6) Z. B. ULP. XI. 20. 21. 22.

7) THIBAUT a. a. O. §. 541.

8) Fr. 3. §. 2. D. (XXVI. 7.)

9) Fr. 1. §. 19. fr. 2. pr. fr. 4. §. 1. D. (XXVII. 3.) — const. 4. in fin. Cod. (V. 28.) — const. 3. Cod. (V. 44.)

10) GAJUS. I. §. 190. 191.

IV. Unterschied in der Entstehung, Dauer und Endigung der Tutel und Cura.

§. 15.

Die Tutel kann nach römischem Rechte auf dreifache Weise entstehen: durch Testament, Gesetz oder obrigkeitliche Bestellung ¹⁾. Der Curator für *minores* wird vom Praetor erbeten ²⁾; die *cura* ist daher blos *dativa*; jedoch ist der Praetor verpflichtet, die *cura* der vom Vater im Testamente bezeichneten Person ³⁾, oder einem Verwandten zu übertragen, welche Personen er nur aus Gründen ausschliessen kann ⁴⁾. Dasselbe gilt von der *cura impuberum*: nur die Mutter bedarf keiner obrigkeitlichen Bestätigung, (vergl. oben §. 5.) wenn sie die *cura pupillorum* übernehmen will.

Die Dauer der Tutel ist bei Knaben ⁵⁾ auf das 14te, bei Mädchen ⁶⁾ auf das 12te Jahr festgesetzt, und mit diesem Termine erlischt auch die über *impuberes* geführte *cura* ⁷⁾, welche eben so, wie die Führung der Tutel selbst, von der Übernahme der *cura* des jetzt *pubes* gewordenen befreit, da der Grund dieser Befreiung (das bisher getragene *periculum administrationis*) derselbe ist ⁸⁾. Die *cura puberum* dagegen dauert bis zum 25ten Jahre ⁹⁾.

1) Fr. 52. pr. Cod. (I. 3.)

2) §. 2. J. (I. 23.)

3) Fr. 1. §. 3. D. (XXVI. 3.) — fr. 6. ibid. — fr. 16. pr. D. (XXVII. 10.)

4) Fr. 3. §. 3. D. (XXVI. 7.)

5) Const. 3. Cod. (V. 60.)

6) Fr. 13. §. 2. D. (XXVI. 5.)

7) Fr. 25. D. (XXVI. 5.) — const. I. Cod. (V. 60.)

8) Const. 2. Cod. (V. 36.)

9) Fr. 1. §. 3. D. (IV. 4.)

Beide Arten der Vormundschaft erlöschen aus gleichen Gründen, nämlich durch Ablauf der Zeit, für welche sie angeordnet sind¹⁰⁾, wozu auch die bei der *cura minorum* eintretende *venia aetatis* zu rechnen ist¹¹⁾, durch natürlichen oder bürgerlichen Tod¹²⁾ des Mündels oder Vormundes, durch die Entsetzung¹³⁾ oder *Excusatio*¹⁴⁾ desselben von der bereits übernommenen Vormundschaft, so wie durch Arrogation des Mündels¹⁵⁾.

So erscheint das römische Institut der Tutel als nothwendiger Ausfluß des Grundsatzes im alten Rechte, daß Niemand durch dritte Personen, die nicht in Vermögens-Abhängigkeit (*potestas*) von ihm stehen, Rechte erwerben könne, um diese Erwerbung auch jenen Personen möglich zu machen, deren rechtliche Willensäußerungen das Gesetz für unvollständig erklärt hatte, — im Gegensatze der *curatio*, als einer Besorgung von Geschäften für dritte Personen, sie mögen die Person, oder das Vermögen betreffen.

10) Pr. J. (I. 22.) — §. 2. 5. J. eod. — pr. J. (I. 23.)

11) Cod. II. 45. *de his, qui veniam aetatis imp.*

12) §. 1. 3. J. (I. 22.)

13) Fr. 21. §. 4. D. (XXVI. 5.) — GAJUS I. §. 182.

14) Fr. 29. pr. D. (XXVII. 1.) — fr. 40. pr. eod.

15) §. 1. J. 1. 22.

Zweiter Abschnitt.

Teutsches Recht.

§. 16.

Einleitung.

Wenn im gemeinen Rechte, so wie es heut zu Tage in Teutschland Anwendung findet, der Unterschied der Tutel und Cura wirklich praktische Bedeutung haben soll, so sind nur zwei Fälle denkbar: entweder

1) der Unterschied war schon im alten teutschen Rechte vorhanden, und hat sich aus demselben erhalten, oder

2) er ist erst mit der Reception des römischen Rechtes eingedrungen, und dann müssten alle römischen Vorschriften über die *auctoritas* auch noch bei uns Anwendung finden.

Es wird sich aber erweisen lassen, daß nicht nur das ältere teutsche Recht diese Unterscheidung gar nicht kannte, sondern daß auch nach der Verbreitung des römischen Rechtes dieser Unterschied unserer Praxis immer der Sache nach fremd blieb, wenn gleich spätere Gesetzbücher ihn dem Namen nach aufnahmen; denn obschon sich bedeutende Verschiedenheiten zwischen den Vormündern der Unmündigen und der Minderjährigen ergeben, so kennet das heutige Recht doch keine Tutel der Unmündigen als eine *Ergänzung* ihrer bürgerlichen Persönlichkeit. Es ist daher vorerst das Wesen der teutschen Vormundschaft

darzustellen, sodann aber nachzuweisen, in wie weit die römischen Prinzipien Änderungen darin hervorgebracht haben, oder überhaupt noch zur Anwendung kommen können.

§. 17.

Mundium.

Bei der Vergleichung der Vorschriften des römischen und teutschen Rechtes über Minderjährige treffen wir sogleich auf eine grosse Verschiedenheit der Grund-Ansichten. Rom sah in dem Unmündigen den werdenden Staatsbürger, der Teutsche aber nur ein Glied der Familie¹⁾. Hiermit ist auch der Unterschied zwischen Tutel und Mundium gegeben: erstere ist eine Ergänzung der unvollkommenen bürgerlichen Persönlichkeit²⁾, letzteres eine den Unmündigen als noch Nichtbürger von jedem juristischen Handeln und Besitz ausschliessende Vertretung³⁾. So trat der römische Pupill vor den Prätor, unter Autorität des Tutors die solenne Rechtsformel selbst auszusprechen, während der teutsche Unmündige nicht einmal öffentlich in der Männer Gesellschaft sich zeigen durfte⁴⁾. Das Wesen des Mundiums bedarf nun einer weiteren Entwicklung, um sein Verhältniss zur röm. *patria potestas* und *tutela* gehörig zu bestimmen.

1) TACITUS *de moribus Germ. cap. 13.* „*ante hoc domus pars videntur, mox reipublicae.*“

2) S. oben §. 7. u. f.

3) EICHHORN, *deut. Staats- und Rechts-Geschichte* §. 52. L. Burgund. tit. 85.

4) CAESAR *de Bello gall. In reliquis vitae institutis hoc fere a reliquis differunt, quod suos liberos nisi cum adoleverint, ut munus militiae sustinere possint, palam ad se adire non patiantur, similiterque in puerili aetate publico in conspectu patris adsistere turpe ducant.*

Wie bei den Römern die Civität, so war bei den Germanen die Vollfreiheit die Bedingung der Theilnahme an der Ausübung der Volksrechte⁵⁾, so wie des Genusses der bürgerlichen Rechte. Nur der Vollfreie konnte daher Stimme in der Volksversammlung haben, nur er hatte *personam standi in judicio*, sowohl als Parthei, wie als Schöffe⁶⁾, Vorsprecher⁷⁾ und Zeuge⁸⁾. Jeder Andere⁹⁾ brauchte zur Vertretung einen Mund, der für ihn sprach, daher Mundium¹⁰⁾. Dieses Mundium stand in Betreff der Familienglieder dem Familienvater zu; über alle übrigen Schutzbedürftigen, die keinen Schutzherrn hatten, der ihr Recht vor Gericht wahren konnte, z. B. Fremde, übte der Regent das Schutzrecht aus¹¹⁾ — gewährte ihnen den Königsfrieden.

-
- 5) MITTERMAIER Grundsätze des gem. deut. Priv. Rechts. (3. Ausgabe Landshut 1827.) §. 45. — v. SAVIGNY Gesch. des röm. R. im M. A. I. Bd. cap. 4.
 - 6) EICHHORN R. Gesch. §. 75. not. f. — v. SAVIGNY Gesch. des röm. R. im M. A. 1. Thl. S. 177 u. f.
 - 7) EICHHORN Einleitung in das deut. Priv. R. §. 48.
 - 8) Leg. WISIGOTH. L. II. tit. 4. c. 3. — L. V. tit. 7. c. 12. — L. LONGOBARD. lib. II. tit. 50. cap. 1. — Capitul. Reg. Franc. Lib. VI. cap. 157.
 - 9) Die Rechte des Vollbürgers konnte nur derjenige ausüben, der auch alle Pflichten desselben zu erfüllen im Stande war. Daher das Mundium über Minderjährige etc. S. §. 19.
 - 10) Dafür zeugen auch die lateinischen Bezeichnungen dieses Begriffs. L. salica. tit. 14. §. 5. *Si pupilla, quae trahitur, in verbis regis fuerat.* — ibid. tit. 59. §. 1. *Rex eum extra sermonem ponet.* d. h. nach der Glosse des PITHOEUS: *extra mundiburdium.* — Für diese Ableitung hat sich auch erklärt KRUG, *diss. de tutela usufructuaria.* Lipsiae, 1827. S. 6. — Wer unter keiner Vormundschaft steht, heisst Amund. L. Longobard. lib. II. tit. 2. §. 34.
 - 11) MITTERMAIER a. a. O. §. 46.

Durch die Entwicklung¹²⁾ der Hörigkeit, die Ausbildung des hohen Adels, durch das Verschwinden des Standes der Gemein-Freien, und durch den Übergang des Staatsbürger — in ein Unterthanen-Verhältniß war dieß anfangs jedem vollfreien Germanen — jedem Ariman — zustehende Schutz-Recht in die Hände eines immer engeren Kreises gekommen, so zwar, daß der ehemals Vollfreie in civilrechtlicher Hinsicht fortwährend als frei betrachtet wurde: aber die politische Freiheit als Stimmrecht in National-Angelegenheiten und Gewährung des Schutzes an Schutzbedürftige vermittelt seiner Vertretung als aktiven Mitgliedes des Staates war endlich ausschliessendes Recht der Reichsfürsten geworden, welche Theorie sich auch mit solcher Strenge durchgebildet hat, daß alle Vormundschaft nur noch als mandirte Ausübung des dem Regenten zustehenden obersten Mundiums sich darstellt¹³⁾.

§. 18.

Verhältniss des Mundiums zur patria potestas romana civilis.

Hinsichtlich des dem Familienvater über die Familienglieder zustehenden Mundiums ist noch besonders zu bemerken: vor Allem muß man, was das Verhältniß zu den Kindern betrifft¹⁾, die Rechte, welche aus der väterlichen Gewalt ihrer Natur nach fließen, von denjenigen scheiden, welche in dem Mundium ihren Grund haben. Betrachten wir die ersten als das Recht der Erziehung und Züchtigung: so unterliegt es keinem Zweifel, daß das teutsche Recht,

12) Ebendasselbst §. 47 u. f.

13) HEINECCIUS, *elementa jur. german.* tom. I. §. 345. — Capitul. LUDOVICI Pii. lib. VI. §. 223.

1) EICHHORN, Einleitung §. 312.

welches hierin bloss natürlichen Rechts-Ansichten folgte²⁾, in diesen Punkten der Mutter gleiche Rechte wie dem Vater einräumte, wodurch das dem Vater als Haupt der Familie zustehende Recht des *voti decisivi* bei der Bestimmung der Erziehungsweise etc. des Kindes keinesweges ausgeschlossen ist, und hiernach kennt das teutsche Recht eben so gut eine mütterliche Gewalt, wie es überhaupt in dieser Beziehung eine väterliche³⁾ Gewalt anerkennt. Diese naturrechtlichen Folgen der väterlichen Gewalt sind aber von den Wirkungen des dem Vater zustehenden Mundiums eben so genau zu unterscheiden, wie sie bei den Römern von denen der civilrechtlichen *patria potestas* geschieden werden müssen. Nur Unkenntniß mit den Rechts - Verhältnissen anderer Völker konnte die römischen Juristen⁴⁾ zu der Behauptung verleiten, daß keine andere Gesetzgebung den Vätern solche Rechte über die Kinder einräume, wie das röm. Civil-Recht. Denn abgesehen davon, daß das alte teutsche Recht das aus dem Naturrechte fließende Züchtigungs-Recht des Vaters in möglichster Ausdehnung zuließ⁵⁾, indem es sogar wenigstens in einzelnen Fällen dem Vater Gewalt über Leben und Tod der Kinder einräumte⁶⁾, standen dem Vater vermöge des

2) HEINECCI *elementa* tom. I. §. 143.

3) EICHORN Staats- und Rechts-Gesch. §. 352. — MITTERMAJER a. a. O. §. 315.

4) GAJUS. I. 55.

5) Vergl. MITTERMAJER a. a. O. §. 314. — L. WISIGOTH. *Flagellandi et corripienti liberos, quam diu sunt in familia constituti, tam avo, quam aviae, seu patri seu matri potestas manebit.* Ueber die verschiedenen Bestimmungen der teutschen Rechtsbücher in Bezug auf das Recht, die Kinder zu verkaufen, vergl. HEINECCIUS, *elementa* j. g. tom. I. §. 137.

6) Dieß ist wenigstens bei den Galliern unbezweifelt. JUL. CAESAR de B. G. l. 6. cap. 19. Der Schluss auf gleiches Recht der Väter bei den Teutschen möchte nicht

Mundiums dieselben Rechte an dem Vermögen des Kindes zu, welche der römische Vater zufolge der *patria potestas* genoß; ja die Rechte, welche das Mundium dem Vater gewährte, waren noch weit ausgebreiteter⁷⁾, indem ihm aus demselben, in Gemässheit der Ansicht des Mundiums, als eines auf die Idee des Schutzes und der Vertretung gegründeten politischen Institutes, noch das Recht, Wehrgeld zu fordern, zukam⁸⁾.

In Bezug auf die Vermögens-Verhältnisse stehen sich die *patria potestas civilis rom.*⁹⁾ und das Mundium ganz analog gegenüber. Der Unterschied zwischen beiden besteht bloß in der verschiedenen Art des *dominii*, welches dem Berechtigten an dem Vermögen des der *patria potestas* oder dem Mundium Unterworfenen zusteht. Durch den Eintritt in die *patria potestas rom.* consolidirte sich das Vermögen des nunmehrigen *filiusfamilias* mit dem des *paterfamilias* dergestalt, daß letzterer das volle Eigenthum an demselben erhielt: der Haussohn war rein vermögenslos, und in dieser Beziehung seine Persönlichkeit völlig in der des Hausvaters untergegangen.

Ganz anders verhielt es sich im teutschen Rechte. Wer unter einem Mundium stand, konnte keine politische Persönlichkeit haben: er war nicht aktiver Bürger des Staates, was der römische Haussohn immer

zu gewagt seyn, da sich so viele Aehnlichkeiten in den Sitten dieser Völker finden. HEINECCIUS a. a. O. tom. I. §. 135. — Bei den Longobarden war dieses Recht ausdrücklich anerkannt, indem L. LONGOBARD. l. II. tit. 9. §. 2. den Aeltern das Recht gibt, die Tochter, die sich freiwillig mit einem Sklaven verbunden, „*vel occidendi, vel foris provinciam transvendi, et de rebus ipsius mulieris faciendi, quod voluerint.*“

7) HEINECCIUS clem. j. g. tom. I. §. 361. Nr. 4.

8) EICHHORN deut. Staats- und Rechtsgesch. §. 53.

9) Vergl. oben §. 9.

blieb: aber er verlor nicht, wie dieser, alle Vermögens-Rechte ¹⁰⁾; so wie aber Jemand seine Person unter den Schutz und die Vertretung eines vollfreien Germanen gestellt hatte, lag darin für ihn die Unmöglichkeit, ferner seine Rechte vor Gericht in eigener Person geltend zu machen: sein Vermögen ging daher nothwendig aus demselben Bedürfnisse des Schutzes und der Vertretung in die Were (Gewer) seines Vertreters über ¹¹⁾. Aber es consolidirte sich nicht mit dem Vermögen des Schutzherrn ¹²⁾: das Eigenthums-Recht (die Gewer) dieses letzteren, welches die Bedingung der gerichtlichen Rechts-Verfolgung enthielt, blieb immer ein abgeleitetes. Dieses Recht des Schutzherrn war demnach kein volles *dominium*, wie das des *patrisfamilias romani*, sondern nur eine Nutz-Gewer ¹³⁾, als eine Art Vergütung der

10) HEINECCIUS *elementa* j. g. tom. I. §. 138. Nr. V. — Darum sind auch nach deutschem Rechte Rechts-Geschäfte zwischen Vater und Sohn rechtlich möglich, da hier die römische *unitas personae* (völlige Vermögens-Einheit) nicht eintritt. — MITTERMAIER a. a. O. §. 316.

11) Sachsenspiegel I. 31. „Wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er sie in seine Gewer, und alles ihr Gut zur rechten Vormundschaft.“ — EICHHORN d. Staats- u. R. Gesch. §. 57.

12) Sachsenspiegel II. 58. — Schwäb. Ld. R. cap. 24. §. 2. „Und hat er (der Pupill) das Gut zu Lehen von einem Herrn, so wird dem Herrn das Geld (die Renten), das Gut behält er.“

13) Die Existenz der *tutela fructuaria*, welche die älteren Germanisten insgesamt annahmen, wird von den neueren durchgehends bezweifelt, und ist neuerlich wieder von KRUG dissert. cit. unbedingt geläugnet worden, nachdem sie bereits auch EICHHORN d. St. u. R. Gesch. §. 64. als eine grundlose Hypothese erklärt hatte. Bei Beantwortung der Frage: ob das deutsche Recht eine *tutela fructuaria* gekannt habe, wird man von folgender Ansicht ausgehen müssen: in der Lehre von der deutschen Vormundschaft sind zwei Perioden zu unter-

übernommenen Schutz-Pflicht, aus welcher Nutzung sich zugleich die Verbindlichkeit für den Inhaber des

scheiden — 1) die Periode des reinen teutschen Rechtes: hier finden wir nur ein *Mundium*, aber durchaus keine Tutel; 2) die Periode, in welcher durch die Bekanntschaft mit dem römischen Rechte die Begriffe von *Mundium*, *tutela* und *cura* sich zu durchkreuzen und zu vermischen anfangen. Für jene ältere Periode kann die Nutznießung des Vormundes an den Gütern des Pupillen allerdings behauptet werden; denn das *Mundium* war bloß Familien-Schuttpflicht: es konnte daher auch nur ein Verwandter, oder überhaupt in demselben Familien-Verbande Stehender die Vormundschaft führen: in den Gesetzen, in welchen uns noch Spuren dieses Nießbrauches aufbehalten sind, z. B. Schwabenspiegel cap. 27. §. 3. etc. und in der *garde noble* (adelichen Vormundschaft in Frankreich. s. MITTERMAIER a. a. O. §. 365. not. 18.) wird daher dieser auch nur den Aeltern und Schwertmagen gestattet, was unsere älteren Germanisten, wenn man ihnen den unrichtigen Ausdruck *tutela* verzeiht, wohl berechtigen konnte, die Vormundschaft über Minderjährige allgemein für fruchtbringend zu erklären — für eine Periode, wo nur die Familienglieder Vormünder seyn konnten, und die Vormundschaft nur erst ein *jus*, aber noch kein *munus publicum* war, worin sich wohl allein der Grund für die ehemals wirklich vorgekommenen Verkäufe und Abtretungen von Vormundschaften finden läßt. MITTERMAIER a. a. O. §. 365. not. 16. — Ausserdem hat KRUG die Eigenthümlichkeiten der Gewer, die er doch dem Inhaber des *Mundiums* selbst zugesteht, (dissert. cit. pg. 10.) ganz unbeachtet gelassen. Dafs die Gewer einer Sache die Bedingung eines darauf gerichteten klägerischen Anspruches war, ist gewifs: aber eben so gewifs ist es, dafs sich die Teutschen gar keine Gewer ohne Nutzung denken konnten: davon finden wir die deutlichsten Spuren im Pfand-Rechte: wenn hier der Schuldner den Pfandgläubiger nicht durch reale Uebergabe des Pfandes in den Besitz und den vollsten Genuß bis zur Wiederbezahlung setzen wollte, (MITTERMAIER a. a. O. §. 180. not. 3. 9.) so mußte er den Gläubiger durch das Setzen eines *census* von der Sache in die Werre aufnehmen, um ihm dingliches Recht an

Mundiums über minderjährige Waisen ergab, densel-

der Sache einzuräumen; dasselbe ist der Fall im Erb-
 rechte, wo derjenige, welcher einen Nicht-Verwandten
 zum Erben einzusetzen Willens war, dieß dadurch be-
 werkstelligen mußte, daß er ihm aus seinem Vermö-
 gen einen Zins setzte, (Schwabenspiegel cap. 311.) und
 ihn solcher Gestalt in seine Gewer mit aufnahm. Das
 Recht des Vormundes war daher ein dingliches, und
 eben daher auch ein nutzbares. Daß aber diese Nutz-
 niessung des Vormundes verschwinden mußte, sobald
 aus dem römischen Rechte die Ansicht der Vormund-
 schaft als eines *munus publicum* sich verbreitete, als
 ferner durch die Aufnahme der römischen Lehren über
 gerichtliche Verfolgung der Rechte durch Tutoren, Ac-
 toren und Procuratoren die eigene Gewer der Sache
 nicht mehr die Bedingung für die Zulässigkeit reiper-
 secutorischer Klagen war, die Idee des Mundiums im-
 mer mehr zurücktrat, und der Vormund keine Gewer
 an der Sache mehr erhielt, die er früher nach der
 Idee des Mundiums haben mußte, und die der Grund
 seiner Nutzungs-Rechte war — daß es demnach in die-
 ser zweiten Periode gemeinrechtlich keine nutz-
 tragende Vormundschaft mehr gab, wird Niemand läug-
 nen. Viel gestritten wurde über L. Burgund. tit. 85.
 cap. 2. *Quodsi vero mater non fuerit, proximus parens
 res minorum revocare debet, ea conditione, ut qualiter
 sua facultas proficit, sic et res minorum ejus utili-
 tate proficiant*, welche beide Partheien für sich an-
 führen. Gibt man aber auch zu, daß das Wort *utili-
 tas* nicht auf den Nutzen des Vormundes, sondern der
 Pupillen sich beziehe, (KRUG dissert. cit. pg. 27.) so
 beweist diese Stelle doch gewiß nicht, daß das teut-
 sche Recht, sondern nur daß die Burgunder den Nieß-
 brauch des Vormundes nicht gekannt hatten: aber sie
 enthält nicht einmal eine germanische Rechts-Ansicht,
 da sie aus dem römischen Rechte, respektive dem west-
 gothischen Breviarum und dessen Interpretation nebst
 noch mehreren anderen herübergenommen ist. v. SA-
 VIGNY Gesch. des röm. R. im Mittelalter Bd. II. S. 5.
 Dagegen spricht sich der Schwab. Spiegel ganz deut-
 lich aus in cap. 27. §. 3. „Ob die Söne zu ihren Jah-
 „ren nicht kommen seynd, da soll der eltist Bruder
 „das Schwert nemen, zu tode Leibe (*usus fructus*)

ben die nöthigen Alimente zu verabreichen ¹⁴⁾). Das Eigenthum verblieb unterdessen fortwährend dem Bemundeten, und wenn er aus dem Mundium trat, so musste ihm ersterer sein Vermögen wieder in seine nützliche Gewer ausantworten ¹⁵⁾).

§. 19.

Verhältniss des Mundiums zur Tutel.

Ein nicht minder ähnliches Verhältniss findet im Allgemeinen zwischen der Tutel und dem Mundium über Waisen statt. Bei beiden ist die Beziehung zu dem Erbrechte und zu dem Vermögen ¹⁾) unverkennbar, doch treten auch hier bedeutende Verschiedenheiten ein. Wie anfangs bei den Römern die *tutela legitima*, so kam bei den Teutschen lange Zeit nur der Übergang in das Mundium der Agnaten, als der eigentlichen Mitglieder der Familienverbindung vor. Der Pupill stand in Folge der Gesamtbürgschaft unter dem Schutze der ganzen Familie, die ihr Schutzrecht nur gewöhnlich durch einen der Agnaten ausüben liess, von dessen Anordnungen aber eine Art Ap-

„und soll auch der Kinder Vogt seyn, pis das sie zu ihren Jahren kommen, so soll er es ihnen wiedergeben, und alles ihr Gut“. — Noch ein eben so augenscheinliches Beispiel der nutzbaren Vormundschaft enthält L. WISIGOTH. lib. IV. tit. 2. §. 13. — Desshalb war auch der Agnate, bei dem die Vormundschaft als ein Vermögens-Recht angesehen wurde, nicht zur Inventars - Errichtung und Cautionsleistung verbunden. Sachsenspiegel I. 23.

14) HEINECCIUS elem. j.g. tom. I. §. 313. 353. — MITTERMAIER §. 365. in fin.

15) Erfurter R. v. 1306. in WALCH Beiträge z. teut. Rechte. I. Thl. S. 100. „Die Vormunden die sullen den kinden ihr gut wider antworte in ir nützliche gewere etc“. —

1) MITTERMAIER §. 365.

pellation an die Gesammtheit der Familienglieder statt fand²⁾). So wie bei den Römern die Erhaltung des Glanzes der Familien der Grund der Einrichtung der gesetzlichen Tutel und der Erschwerung der Testaments-Errichtung in den ersten Zeiten war, so tritt auch im teutschen Rechte die Idee eines Gesammteigenthumes der Familie, als ein Anwartschaftsrecht auf den eventuellen Besitz des einmal in die Familie gekommenen Vermögens hervor. Allein ungeachtet dieser Gleichheit des Grundes in der Entstehung der Vormundschaft findet doch ein großer Unterschied zwischen dem röm. Tutor und dem Inhaber des Mundiums über teutsche Waisen statt. Durch den Tod des *paterfamilias* erlangte der röm. Haussohn die volle Fähigkeit, Vermögen *nomine proprio* zu erwerben und zu besitzen — er ward *sui juris*. Staatsbürgerliche Persönlichkeit erlangte er nicht etwa erst durch seinen Austritt aus der *patria potestas*, denn diese war ihm schon während derselben zugekommen: was er durch ihre Beendigung gewann, war nur Dispositionsbefugniß über sein Vermögen. Die Beiordnung des Tutors in Beziehung auf seine Person war nichts als eine Ergänzung der ihm wegen zu zarten Alters noch mangelnden Selbstständigkeit des Willens; in Bezug auf das Vermögen aber nur eine Vorsichtsmassregel gegen unwirthschaftliche Verschleuderung desselben aus Mangel an Ueberlegung, und damit indirekte Vernichtung des den Agnaten zustehenden Erbrechtes: aber durch den Uebtritt des teutschen Minderjährigen aus dem Mundium des Vaters in das des nächsten Agnaten blieb das ganze Verhältniß desselben unverändert: dieser Vormund hatte gerade dieselben Rechte aus seinem Mundium, welche bisher dem Vater zugestanden hatten³⁾:

2) Leg. SAXON. tit. 7. §. 4.

3) M. H. OTTO *de marito tutore et curatore uxoris legitimo*. Hal e Magdeb. 1734. cap. 2. §. 3.

nur diejenigen Rechte, welche aus der Natur der väterlichen Gewalt als solcher flossen, konnten als ausschließendes Recht des Vaters nicht auf den Vormund übergehen, da sie an sich, z. B. das Züchtigungs-Recht, kein Ausfluß des Mundiums sind; im Übrigen aber blieb die Lage des Pupillen ganz dieselbe: er konnte als unfähig zur Erfüllung der Staatsbürgerpflichten und unter einem Schutzverhältnisse stehend, staatsbürgerliche Rechte eben so wenig wie zuvor ausüben: in Betreff des Vermögens ergab sich gleichfalls keine Veränderung: denn nach natürlichen Rechts-Ansichten ⁴⁾ ist der Sohn als solcher schon in einem, (wenn gleich ideellen) Mit-eigenthume mit dem Vater ⁵⁾ — eine Ansicht, die so natürlich ist, daß selbst die römischen Juristen trotz ihrer strengen Theorie der *patria potestas*, sich derselben nicht ganz erwehren konnten ⁶⁾. Dieses Eigenthum bleibt dem Sohne, nur daß es ihm jetzt allein zusteht; die Ausübung, Benützung, und das Vertheidigungsrecht (Nutz-Gewer) geht aber auf den Vormund über. Dürfen wir nun das Mundium des Vaters in Bezug auf das Vermögen als Analogie der römischen *patria potestas civ.* betrachten, so steht die teutsche Vormundschaft über Minderjährige der römischen Tutel als einem Institute zur Ergänzung des subjectiv noch nicht ganz selbstständigen, objectiv (in Bezug auf das Vermögen) aber unbeschränkten Willens des Pupillen nicht bloß als eine Analogie, sondern als eine wahre Fortsetzung dieser väterlichen Gewalt (resp. väterlichen Mundiums) gegenüber.

4) G. W. F. HEGEL Grundlinien der Philosophie des Rechts. Berlin, 1821. §. 178.

5) MITTERMAIER, a. a. O. §. 317. not. 1.

6) L. 11. D. *de liberis et posthumis*.

§. 20.

Dauer der deutschen Minderjährigkeit.

Aus der Idee des Mundiums als Schutz und Vertretung in Folge der Familienbürgerschaft und des unmittelbaren Antheiles des vollfreien Germanen an den Staats - Angelegenheiten vermöge seiner Stimme in der Volksversammlung ergibt es sich von selbst, daß das Mundium fort dauern mußte, bis der Mündel fähig war, sich selbst zu schützen und die Pflichten eines Vollbürgers zu übernehmen¹⁾. Daher endigte jedes Mundium über Minderjährige, also auch die väterliche Gewalt, durch die Tüchtigkeits-Erklärung zum Waffendienste, die Wehrhaftmachung²⁾, durch welche feierliche Handlung der Germane erst in die Gemeinschaft und Rechte der Staatsbürger eintrat. Diese Endigung der väterlichen Gewalt durch die Fähigkeit, sich selbst zu schützen und zu vertreten, hat sich durch das ganze Mittelalter in der Absonderung des Sohnes durch Anlegung eines eigenen Hauswesens erhalten³⁾. Darum kannte das alte deutsche Recht keinen Unterschied zwischen *impubes* und *minor*⁴⁾, sondern nur Mündige, die sich selbst vertreten — und Unmündige — die sich nicht selbst vertreten können⁵⁾.

Durch die Einfälle und Niederlassungen der deutschen Völker in die ehemals römischen Gebiethstheile

1) Edict. THEODORICI cap. 22. „*Gothis aetatem legitimam virtus facit; et qui valet hostem confodere, ab omni se jam debet vitio vindicare.*“

2) TACITUS *de morib. Germ.* cap. XIII.

3) EICHHORN, Einleitung §. 314. — MITTERMAIER a. a. O. §. 324. 325.

4) POMPON. MELA lib. III. cap. 3. „*Longissima apud Germanos pueritia.*“

5) DITMARS. R. art. 19. „Unmündige seyn, die unter 18 Jahren seyn.“

schlich sich bald das fremde Recht in dieser Lehre ein, wovon schon die ältesten deutschen Rechtsbücher Spuren tragen⁶⁾. Die Begriffe von Mundium, Tutel und väterlicher Gewalt wurden vermengt, die Idee des Schutzes trat allmählig zurück, wie die teutsche Gemeinfreiheit verfiel⁷⁾, und das Bedürfnis des Familienschutzes in Folge der Ausbildung der neuen Lehens- und Unterthans-Verhältnisse nicht mehr gefühlt wurde. War man einmal dahin gekommen, den Gemeinfreien nicht mehr als Glied, sondern als Unterthan des Staates zu betrachten, wozu die Ausbildung des Adels und der Lehens-Verfassung nicht wenig beitrug, so stand nichts mehr der Annahme der römischen Doktrinen über das Vormundschaftswesen im Wege. Wie nunmehr das römische Recht überhaupt jetzt das gemeine wurde, kam auch der Unterschied des *impubes* und *minor* mit herüber, und ist auch für unser heutiges Recht praktisch geblieben. Damit ist aber keinesweges gesagt, daß auch der Unterschied von Tutel und Cura in Teutschland angenommen worden sey; dagegen sprechen vielmehr 2 Rücksichten:

1) die Idee der Vertretung, die Zulässigkeit des Handelns durch dritte Personen, welche über den Grundsatz des römischen Rechtes, daß Niemand durch dritte Personen Rechte erwerben könne, durch eine gleichförmige Praxis siegte, und

2) die irrige Vorstellung der älteren teutschen Rechtsgelehrten und Gesetzbücher von dem Wesen der *tutela*.

Was nun den ersten Punkt betrifft, so beruhte das Institut der Tutel auf der Nothwendigkeit,

6) Vergl. v. SAVIGNY Gesch. des röm. R. im M. A. Ueber die Spuren des röm. R. in L. BURGUND. II. Bd. S. 5. — in L. WISIGOTH. ibid. S. 65. 72. u. f. — in L. BAJUVAR. ibid. pg. 80. u. f. — im Edict. THEODORIC. ibid. S. 165. — im LOMBARD. R. ibid. S. 205.

7) MITTERMAIER a. a. O. §. 313. a.

den juristisch unvollkommenen Willen des Pupillen zu ergänzen, wenn es sich um die Vornahme solcher Handlungen fragte, welche nicht durch Dritte (Curatoren) besorgt werden konnten, sondern ein persönliches Handeln des Pupillen erforderten⁸⁾. Im teutschen Rechte dagegen wird jeder *impubes* durch seinen Vormund völlig vertreten, und da wir (ausser der Testaments-Errichtung, von welcher aber bei einem *impubes* gar keine Rede seyn kann) keine Rechtsgeschäfte kennen, welche der Betheiligte nicht durch Bevollmächtigte vornehmen lassen könnte, so musste die *auctoritatis interpositio* von selbst als unnöthig wegfallen. Würde sogar der teutsche *impubes* mit Beistand seines Vormundes ein Geschäft eingehen, so wäre doch keine *auctoritatis interpositio* vorhanden, denn der teutsche *impubes* hatte nie eine bürgerliche Persönlichkeit⁹⁾, ist also jeder Ergänzung unfähig: sondern das ganze Geschäft muß immer so betrachtet werden, als wenn es der Vormund allein abgeschlossen hätte. Die Gegenwart des Pupillen ist bei uns ganz irrelevant, denn er hat gar nichts bei der Eingehung der Rechts-Geschäfte zu thun, da zu deren Abschluß keinesweges das Aussprechen einer solennen Formel erforderlich, und die Besorgung seiner Angelegenheiten allgemein und ohne Einschränkung dem Vormunde übertragen ist¹⁰⁾.

8) S. oben §. 7.

9) Diese kommt heutigen Tages dem *minor* in Folge der Verbreitung des römischen Rechtes und der Reichspolizey-Ord. v. 1577 unbedingt zu, wie sich im Verlaufe noch weiter zeigen wird.

10) So vertritt der Vormund den Pupillen ohne dessen Beziehung vor Gericht. L. WISIGOTH. lib. IV. t. 3. §. 3. — L. LONGOBARD. lib. II. tit. 25. §. 4. — Schwabenspiegel c. 32. — Eben so kontrahirt er auch für den Pupillen ohne dessen Mitwirkung. L. WISIGOTH. lib. I. tit. 3. §. 3. — L. BURGUND. tit. 85. §. 5. „*Si causam pars minoris habuerit, ipsa persona respondeat,*

Dessen ungeachtet ist keinesweges zu läugnen, daß viele teutsche Gesetzbücher, selbst die Reichspolizeiordnungen, wirklich Tutoren und Curatoren als von einander verschiedener Personen erwähnen ¹¹⁾). Wenn der Gebrauch dieser Benennungen aber einen materiellen Unterschied bezeichnen soll, so wäre es vor allem nothwendig, daß der mit dem Namen Tutor bezeichnete Vormund auch wirklich *auctoritatem* zu interponiren hätte, da ja ohne dieses Merkmal der Begriff der Tutel gar nicht denkbar ist. Daß aber eine *auctoritatis interpositio* für den Unmündigen im teutschen Rechte nicht vorkommt, wurde bereits im vorhergehenden Absatze nachgewiesen. Der Name Tutor hatte sich in diese Gesetze nur durch eine falsche Ansicht der älteren Rechtsgelehrten eingeschlichen, was sich ganz klar aus der Betrachtung derselben ergibt. Man war nämlich von der irrigen Meinung ausgegangen, das Charakteristische des Tutor bestehe darin, daß er einem noch nicht 12 oder 14 Jahre alten Minderjährigen vorgesetzt sey, um die Güter desselben zu administriren, und für die Erziehung und die Ernährung seiner Person zu sorgen. In dieser Definition liegt nun freilich nichts den teutschen Rechtsbegriffen vom Mundium Widersprechendes ¹²⁾), aber auch nicht die leiseste Ahnung des dem Worte *tutor* zu Grunde liegenden römischen Begriffes. Die

quae tutelam suscepit. — Eben so Capitul. CAROLI M. ann. 829. tit. 3. §. 4. bei BALUZ tom. I. pg. 670. — Frankfurter erneuerte Reformation tit. 14. Nr. 1. in fin. „Demnach sollen sie (die Vormünder) ihre der „Pflegkinder Person, auch ausserhalb und innethalb „Rechens beschirmen und vertreten.“ —

11) Schwabenspiegel art. 319 — 328. — Tiroler Landes-Ordnung lib. 3. tit. 52. — Frankfurter erneuerte Reformation. tit. 8. — Bulle von SIGISMUND. v. 8. Nov. 1414. in Goldast constit. imp. Vol. I. p. 143. — Reichs-Polizey-O. v. 1577. tit. 32. §. 1.

12) MITTERMAIER a. a. O. §. 372.

Stellen des römischen Rechtes, aus welchen man die erwähnte unrichtige Definition abzuleiten suchte, sind schon oben § 4—7. behandelt worden.

§. 21.

Unterschied der Vormünder der teutschen impuberum und minorum.

Auf die Frage, worin nun aber der Unterschied der Vormünder der *impuberum* und *minorum*, welche letztere doch nun einmal die Reichspolizei-Ordnung von 1577. tit. 32. unterscheidet, liege, muß man antworten: „Nur in dem grösseren Umfange der dem Vormunde der *impuberum* obliegenden Pflichten.“ Das Ganze hängt mit der Entstehung des Unterschiedes der *impuberum* und *minorum* im teutschen Rechte zusammen. Eine solche Unterscheidung findet sich schon im Westgothischen Gesetzbuche, in welchem den letzteren bereits Testaments-Mündigkeit gestattet wird¹⁾, sie jedoch immer noch unter ihren Vormündern bleiben. Den Namen *pupilli* aber behalten sie bis zu ihrem 25ten Jahre²⁾. Eben so führen auch die Vormünder durchgehends, selbst wenn sie den *minoribus* vorstehen, den Namen Tutoren³⁾. Als das ursprüngliche teutsche Recht von dem römischen immer mehr verdrängt wurde, und man dieses als das gemeine zu betrachten anfang, wurde die Unterscheidung zwischen *impuberes* und *minores* in den Gesetzen fast ganz allgemein, ohne daß jedoch die Worte Unmündig und Minderjährig zur Bezeichnung dieses Gegensatzes einander entge-

1) L. WISIGOTH. lib. II. tit. 5. §. 11. — Ebendasselbst wird ihnen auch Zeugenfähigkeit beigelegt, wenn sie nicht *dementes* sind.

2) L. WISIGOTH. lib. IV. tit. 3. §. 1.

3) L. WISIGOTH. l. IV. tit. 3. §. 4.

gengestellt worden wären, sondern die *minores*⁴⁾ werden immer nur als die Kinder bezeichnet, die zu ihren Jahren gekommen sind⁵⁾. Das Ende der Minorität war und blieb nach den einzelnen Landesgesetzen verschieden, obgleich das 25te Jahr als der gemeinrechtliche Termin zu betrachten ist⁶⁾. Dafs die *minores* gleichfalls unter Vormündern stehen mussten, kann, obwohl die meisten Partikular-Statute darin übereinstimmen, nicht als gemeinrechtlich behauptet werden, weil doch andere Stadt-Rechte in diesem Punkte völlig das römische Recht aufgenommen hatten⁷⁾. In der Reichs Poliz. O. v. 1548 u. 1577 aber wurde die Nothwendigkeit der Fortdauer der Vormundschaft bis zur Grossjährigkeit, deren Eintritt indessen immer nach den einzelnen Provincialstatuten zu beurtheilen bleibt⁸⁾, allgemein vorgeschrieben.

4) Goslar. Stat. tit. von Vormundschop §. 11. u. 12. bei LEIBNITZ Script. Bruns. tom. 3. „Wanne dat Kind to sinen dritte gedenne jare it, so is it to sinen Jaren komen.“

5) Der Zeitpunkt der Pubertät ist bald das 12., bald das 14. Jahr. Die Gesetzbücher, welche keinen Unterschied zwischen *impuberes* und *minores* machen, bezeichnen mit diesen Ausdrücken die Volljährigen. Sachsenspiegel I. 42.

6) STRYK, *usus modernus* l. 26. tit. 7. §. 25. 26.

7) Erfurt. Gesetz v. 1306 in WALCH Beiträge zum teut. R. 1. Thl. S. 100. „mögen die Kinder, die zu ihren Jahren kommen sind, (13 Jahr 6 Wochen) andere Vormunde kise, ob sie wollen, oder mugen Vormunden ledig sie, ob sie wollen.“ — Frkfirt. erneuert. Reform. tit. 9. „Wiewohl die Jungen, so über jre 14 jare und dermassen an Verstand und sonst erwachsen, dafs neben jhren Freunden sie selbst zu jhrer Nahrung sehen mögen, nicht schuldig seyn, uber jhren Willen einen Curator zu begeren noch zu nemmen, Jedoch wann sie für Gericht zu handeln haben, So müssen sie ein *curator* bitten.“

8) STRYK, *usus mod.* lib. VI. tit. 1. §. 7. — HEINECCIUS *antiquitates* J. g. lib. II. cap. 19. Nr. 2.

Der Schluss aber, welchen man aus dieser Anordnung der R. P. O. ziehen wollte ⁹⁾, daß nunmehr der Vormund bei dem Eintritte der Pubertät nicht berechtigt sey, die Vormundschaft niederzulegen, möchte sich nicht rechtfertigen lassen, indem die R. P. O. selbst auf das gemeine, d. i. römische Recht verweist, nach welchem der Vormund des *impubes* zur Fortführung der Vormundschaft nach dem Eintritte der Pubertät nicht gehalten war ¹⁰⁾, und der Vorschrift der R. P. O. vollkommen Genüge geleistet wird, wenn nur der *minor* einen Vormund hat, keinesweges aber ausgesprochen ist, daß der Vormund des *impubes* auch der des *minor* bleiben müsse, was doch allerdings nothwendig gewesen wäre, da viele Provinzial-Statute ¹¹⁾ dem Vormunde die Niederlegung seines Amtes frei gestatten ¹²⁾, wenn der *impubes* zu seinen Jahren gekommen ist, welche Bestimmung demnach, wenn sie fernerhin nicht mehr hätte Anwendung finden sollen, ausdrücklich hätte aufgehoben werden müssen.

§. 22.

Fortsetzung.

Was den Wirkungskreis des teutschen Vormundes anbelangt, so ergibt es sich aus dem Bisherigen,

9) De MAYER dissert. cit. §. 36.

10) S. oben §. 15.

11) Magdeburg. Poliz. O. c. 43. §. 35. — Salfeldische Gesetz, aus dem 13. Jahrhdt. in WALCH Beiträge z. t. R. 1. Thl. S. 58. Art. 176. „wan die kint zu iren Tagen komen, zo mogen sy andere Vormunde kize adir mogen dyselben behalde.“

12) Nur das kann man in Folge unserer Praxis behaupten, daß der Vormund des *impubes*, wenn er die Vormundschaft über die Pubertät hinaus führt, dazu keiner besonderen Verpflichtung oder Bestätigung durch die Obrigkeit mehr bedarf. STRYK, usus mod. lib. 26. tit. 1. §. 9. — Nürnberg. Reform. tit. 39. — Hamburg. Statut. P. 3. tit. 16. §. 21.

dafs der Vormund der *impuberum* nichts anderes ist, als ein mit der für die Person und das Vermögen seines Mündels beauftragter Curator¹⁾. Dasselbe hat man nun auch von dem Vormunde der *minorum* behauptet²⁾, aber gewifs mit Unrecht. Die Veranlassung zu dieser Behauptung mag die R. P. O. v. 1577 tit. 32. §. 3. gegeben haben, worin gesagt wird, der Vormund solle „mit Gelübden und Eiden beladen werden, dafs er seinen Pflegekindern und ihren Gütern getreulich und ehrlich vor seyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren wolle.“ Leitet man nun aus dieser Stelle obigen Satz ab, dafs durch diese Verordnung auch die *minores* in Betreff ihrer Person an den Consens des Tutors gebunden seyen, so wäre die unausweichliche Folge, dafs man durch diesen §. auch allen Unterschied zwischen den *impuberibus* und *minoribus* als aufgehoben betrachten müsste, mithin alle teutschen *minores* den römischen *impuberibus* gleichgestellt wären. Diefs konnte der Wille des Gesetzgebers unmöglich seyn, was sich aus der Vergleichung dieses §. 3. mit dem vorhergehenden §. 1. ergibt. In dem §. 1. werden nämlich Pupillen und minderjährige Kinder, Vormünder und Vorsteher einander entgegengestellt, also der Unterschied ausdrücklich anerkannt: hätte der §. 3. dem §. 1. derogiren sollen, woran gar nicht zu denken ist, da die R. P. O. wie sie selbst im Eingange sagt, das gemeine Recht nicht abändern, sondern nur einschärfen will, so würde wohl eine ausdrücklichere Erklärung nöthig gewesen seyn; ausserdem hat unsere Praxis³⁾ von jeher den Unterschied zwischen *minor* und *impubes* angenom-

1) Reichs-Poliz. O. v. 1577. tit. 32.

2) De MAYER diss. cit. §. 37. — RUNDE, Grundsätze des gem. teut. Priv. R. §. 628. — DANZ, Handbuch des teut. Pr. R. §. 628.

3) EICHHORN Einleitung §. 317. — STRYK usus modern. lib. XXVI. tit. I. §. 5. —

men, und dem Ersteren alle Rechte des römischen *minor* eingeräumt z. B. aktive Testamentsfähigkeit etc. Sollte der §. 3. cit. dessen ungeachtet noch Bedenkllichkeiten erregen können, so bemerke man nur, daß in diesem §. gar nicht von dem Vormunde des *minor*, sondern nur von dem des *impubes* die Rede ist, indem Ersterer in der R. P. O. mit dem Titel *Vorsteher* bezeichnet wird, der §. 3. aber nur vom Vormund redet; die ganze Stelle ist demnach auf den *impubes* zu beziehen, wo sie gar keine Schwierigkeit macht: will man aber unter dem Worte Vormund auch den Vorsteher mit begreifen, so ist die Stelle ganz einfach dahin zu interpretiren, daß der Vormund den Eid über die getreuliche Besorgung der Person und des Vermögens seiner Mündel in soferne zu leisten habe, als ihm diese durch das gemeine Recht übertragen ist: demnach muß man geradezu behaupten, daß der *minor* in Betreff seiner Person an den Consens des Curators durchaus nicht gebunden sey ⁴⁾.

§. 23.

Tutela minorum in Teutschland.

Eine ganz besondere Anomalie findet sich in einigen Stadt-Rechten ¹⁾, welche dem Mündel nur mit Einwilligung des Vormundes zu testiren gestatten. Daß hier nur von *minoribus* die Rede seyn kann, indem dem *impubes* überhaupt keine *testamenti factio* zukommt, bedarf keiner Erwähnung. Aus dem römischen Rechte kann diese Bestimmung nicht geflossen seyn, indem dasselbe dem *minor* ohne Zuziehung des Curators zu testiren gestattet: aber unbezweifelt ist hier die Einwilligung des Vormundes eine

1) Riga. Statut. lib. III. tit. 4. §. 4. — Hamburg. Statut. P. 3. tit. 1. art. 13.

wahre *auctoritas*, daher auch bei ihrer Ertheilung alle Erfodernisse derselben verlangt werden müssen. Der Grund dieser Singularität ist in dem Mundium und dessen Zusammenhange mit dem Erbrechte zu suchen. Zu der Zeit, als noch jedes Familienglied in Folge der Familien - Verbindung ein eventuelles Recht auf den dereinstigen Besitz des in die Familie einmal gekommenen Vermögens hatte, wo Testamente, wenn nicht unbekannt, doch ganz ungebräuchlich waren ²⁾, diente die Vormundschaft eben so gut zur Sicherung dieses Erbrechtes, wie die Tutel bei den Römern ³⁾, indem der nächste Erbe als geborner Vormund gar nicht von der Vormundschaft ausgeschlossen werden konnte, wenn man auch den Ältern späterhin erlaubte, ihm zur Controlle noch auswärtige (gekornte) Mit-Vormünder an die Seite zu geben ⁴⁾. Als Testamente in Gebrauch kamen, lag in diesen das Mittel, dem nächsten Erben das Vermögen zu entziehen: diesem suchte man dadurch vorzubeugen, daß man den Minderjährigen bei der Errichtung eines Testaments ⁵⁾, die lange den Deutschen als etwas der natürlichen Liebe und Anhänglichkeit an die Verwandten zuwiderlaufendes verhasst waren, an die Autorisation des Vormundes, resp. des natürlichen Erben, band; ganz dasselbe Verhältniß, wie wir es in der *tutela mulierum* der Römer finden, wesshalb hier auch die

2) MITTERMAIER a. a. O. §. 382. 407.

3) Vergl. §. 19. oben. — Sachsenspiegel I. 45. „Megde „aber oder unbemante Weiber mögen wol verkeuffen ir „eigen, ohn jres vormunden vrlaub, er sey dann Erbe „darzu.“

4) J. F. GILDEMEISTER Beiträge zur Kenntniss des vaterländ. Rechts. Bremen, 1806. 2. Bd. S. 119. u. f. --

5) Diese Testaments-Errichtung ist das einzige teutsche Rechtsgeschäft, welches in eigener Person vorgenommen werden muß, also auch das einzige, bei welchem eine *auctoritas* vorkommen kann.

Grundsätze der *auctoritas* analoge Anwendung finden müssen. Diese Beschränkung der Testamentsfähigkeit des *minor* kann um so weniger auffallen, da er nach dem alten Rechte vor der Grossjährigkeit gar keine bürgerliche Persönlichkeit hatte, also gar nicht testiren konnte, und es sich leicht denken lässt, daß man die unbeschränkte Testamentsfähigkeit des *minor*, wie sie im römischen Rechte liegt, zum Vortheile der Verwandten, durch diese Beiordnung des nächsten Erben als Tutors aus Anhänglichkeit an alte Rechts-Ansichten wieder zu beschränken suchte.

In Folge der bisherigen Untersuchung stellt sich die teutsche Vormundschaft über *impuberes* und *minores* mit Ausnahme der so eben erwähnten Abweichung einiger Stadt-Rechte durchgehends nur als eine Cura dar, welche sich bei ersteren sowohl über die Person, wie über das Vermögen, bei letzteren aber nur allein über das Vermögen erstreckt; der Grund hiervon liegt in der dem teutschen Rechte eigenthümlichen Idee der Vertretung, wesshalb eine Ergänzung der bürgerlichen Persönlichkeit, welche der Zweck der römischen Tutel war, als unnöthig erscheinen mußte, und daher im teutschen Rechte nicht vorkommen konnte.



SBB013401983047



Zoepfl, Heinrich,

Vergleichung der römischen Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige Inaugural-Abhandlung

Bamberg ; Aschaffenburg 1828

Bamberg, Staatsbibliothek -- HV.Hist.497

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11695675-6